الوجيز

فى شرح القانون المدنى

(١)

نظرية الالتزام بوجه عام

المصادر - الإثبات - الآثار - الأوصاف - الانتقال - الانقضاء

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهورى

دكتور فى العلوم القانونية ودكتور فى العلوم السياسية والاقتصادية

ودبلوميه من معهد القانون الدولى بجامعة باريس

١٩٦٦

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

كلمة افتتاحية

سبق أن قلت في الكلمة الافتتاحية التي قدمت بها الوسيط : « والوسيط هو الوسط ما بين الوجيز والمبسوط . ولئن جعل الله في العمر بقية ، وأمدني بعون من عنده ، أخرجت بعد الوسيط الوجيز ... » . وأحمد الله تعالى أن جعل في العمر بقية ، وأن أمدني بعون من عنده ، إذ أخرج الآن بعد الوسيط الوجيز .

وهذا هو الجزء الأول ، يتناول النظرية العامة للالتزام بجميع أقسامها ، من مصادر وإثبات وآثار وأوصاف وانتقال وانقضاء . فهو إذن يوجز الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط في جزء واحد . ولا أخفى ما عانيت في هذا الإيجاز من جهد كان أبهظ في بعض المواضع مما بذلت في كتاب الوسيط ، ورب إيجاز أشد مشقة من الإسهاب .

وقد التزمت التقسيم والتبويب وأساليب العرض التي سرت عليها في الوسيط ، بل التزمت في بعض المواطن العبارات نفسها حيث لا يسمح العرض بإيجاز أو تلخيص . ولكني أوجزت حيث يضيق المقام عن الإطناب ، ولخصت حيث لا تستعصى الفكرة على التلخيص .

وحرصت كل الحرص على أن يكون الوجيز ، كالوسيط ، صالحاً للمشتغلين من رجال القانون بالعلم أو بالعمل . فهو إذا كان صالحاً لرجوع المشتغل بالعلم يجد فيه النظريات العلمية مبسوطة في غير اقتضاب ، فإنه لم يغفل الناحية العملية متابعاً بوجه خاص القضاء المصري ومسايراً إياه فيما وضع من مبادئ وأحكام . واتسع بعد كل ذلك ، في حاشيته ، لمقابلة موجزة بين نصوص التقنين المدني المصري ونصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى .

وبعد فهذا هو الوجيز : يصلح بداية لطالب القانون يحصل فيه ما هو فى حاجة إلى استيعابه من المبادئ الأساسية ، دون أن يزحم نفسه بالتفصيلات التى يمكن ردها إلى هذه المبادئ فى غير مشقة ، وذلك تمهيدا للتعمق فى مرحلة تالية من الدرس . ويصلح نهاية للباحث يريد فى نظرة عجلى أن يستوعب جماع القول فى المسألة التى بحثها ، اقتصادا فى وقت لا ينفسح أمامه للبحث المفصل . فهو — كما يقول الفقيه ابن رشد فى عنوان كتابه المعروف — « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » .

كلمة تمهيـــدية
فى التعريف بالالتزام(*)

§ ١ – تحديد مركز نظرية الالتزام فى القانون المدنى

١ – الحق العينى والحق الشخصى : الحق فى المعاملات مصلحة ذات قيمة

(*) مراجع عامة فى نظرية الالتزام فى الفقه المصرى بعد العمل بالتقنين المدنى الجديد : الوسيط للمؤلف : الجزء الأول فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٢ – الجزء الثانى فى الإثبات وآثار الالتزام سنة ١٩٥٦ – الجزء الثالث فى الأوصاف والانتقال والانقضاء سنة ١٩٥٨ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فى مصادر الالتزام الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ – الأستاذ عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام : الجزء الأول فى الالتزام فى ذاته سنة ١٩٥٤ – الجزء الثانى فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٤ – الجزء الثالث فى أحكام الالتزام سنة ١٩٥٤ – الأستاذ محمد كامل مرسى فى مصادر الالتزام : الجزء الأول فى العقد سنة ١٩٥٤ – الجزء الثانى فى المصادر غير العقدية سنة ١٩٥٥ – الأستاذ أنور سلطان فى النظرية العامة فى الالتزام : الجزء الأول فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٥ – الجزء الثانى فى أحكام الالتزام سنة ١٩٥٥ – الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات سنة ١٩٥٥ – الأستاذ سليمان مرقس : نظرية العقد سنة ١٩٥٦ – الفعل الضار سنة ١٩٥٦ – أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ – (وهذا عدا أصول الإثبات سنة ١٩٥١) – الأستاذ إسماعيل غانم فى آثار الالتزام سنة ١٩٥٦ (وهذا عدا مذكراته فى أحكام الالتزام سنة ١٩٥٥) – الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٨ (وهذا عدا الإثبات سنة ١٩٥٤).

(ونكتفى فى الإشارة إلى هذه المراجع باسم المؤلف) – أما المراجع الفرنسية فسنذكرها أمام كل قسم من أقسام الكتاب).

أما الذين كتبوا فى نظرية الالتزام فى الفقه المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم فنذكر منهم : والتون (النظرية العامة للالتزام) – عبد السلام ذهنى (النظرية العامة للالتزام) – محمد صادق فهمى (النظرية العامة للالتزام) – محمد صالح (النظرية العامة للالتزام). محمد وهبة (النظرية العامة للالتزام) المؤلف (نظرية العقد – الموجز فى النظرية العامة للالتزام) – أحمد نشأت (الإثبات) – مصطفى مرعى (المسئولية المدنية) – حلمى بهجت بدوى (نظرية العقد) – أحمد حشمت أبو ستيت (النظرية العامة للالتزام).

ونذكر من بين رسائل الدكتوراه المقدمة للجامعات المصرية فى نظرية الالتزام بعد العمل بالتقنين المدنى الجديد الرسائل الآتية : الدكتور عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام سنة ١٩٥٠ – الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة أو العقد المستمر والدورى التنفيذ سنة ١٩٥٠ – الدكتور جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية سنة ١٩٥٤ – الدكتور وليم سليم قلادة =

مالية يقرها القانون للفرد . وهو إما حق عيني . أو حق شخصي[1] .

فالحق العيني هو سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين . أما الحق الشخصي فهو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، يخول الدائن بموجبها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل[2] .

ولا يزال التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي هو التمييز الجوهري الذي يقوم عليه فقه القانون المدني ، وذلك بالرغم من محاولة فريق من الفقهاء تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، وبالرغم من محاولة فريق آخر تقريب الحق الشخصي من الحق العيني .

٢ — محاولة تقريب الحقين أحدهما من الآخر : أما الفريق الأول من الفقهاء ، وعلى رأسهم بلانيول ، فيذهبون إلى أن الحق العيني يقرب من الحق الشخصي

= في التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري سنة ١٩٥٥ – الدكتور منصور مصطفى منصور في نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري سنة ١٩٥٦ – الدكتور جميل الشرقاوي في نظرية بطلان التصرف القانوني سنة ١٩٥٦ – الدكتور عبد الودود يحيى في حوالة الدين سنة ١٩٥٦ – الدكتور توفيق حسين فرج في نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري سنة ١٩٥٧ – الدكتور محمد لبيب شنب في المسئولية عن الأشياء سنة ١٩٥٧ .

ونذكر مما وصل إلى أيدينا من المؤلفات الفقهية في نظرية الالتزام في البلاد العربية : الأستاذ شكري كرداحي في القانون والأخلاق (بالفرنسية) – الأستاذ خليل جريج في النظرية العامة للموجبات (لبنان) – الأستاذ صبحي محمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية – الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء في المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية وفي فكرة الحق والالتزام ونظريتي الأموال والأشخاص في الفقه الإسلامي (سورية) – الأستاذ حسن الذنون في النظرية العامة للالتزام (العراق) – الأستاذ صلاح الدين الناهي في النظرية العامة للالتزامات (العراق) – الأستاذ فريد فتيان في مصادر الالتزام (العراق) . الأستاذ منير القاضي في الباب التمهيدي في نظرية الالتزام العامة (العراق) – الأستاذ حامد مصطفى في الالتزامات والعقود في الشريعة الإسلامية – الأستاذ حسين المؤمن في الإثبات .

(١) ويوجد إلى جانب ذلك الحق المعنوي ، كالعلامات والبيانات التجارية (قانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩) ، وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية (قانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩) ، وحق المؤلف (قانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) .

(٢) وهذه الرابطة إذا نظر إليها من ناحية الدائن سميت حقاً شخصياً ، وإذا نظر إليها من ناحية المدين سميت التزاما . فالرابطة إذن تنطوي على كل من الحق والالتزام ، وهي مجموع رابطتين رابطة دائنية ورابطة مديونية ، وليست شيئاً آخر يختلف عنهما .

من حيث أن كلا منهما رابطة ما بين شخصين ، ومن حيث أن الحق العينى مثل الحق الشخصى يشتمل على عناصر ثلاثة هى محل الحق والدائن والمدين . فحق الملكية مثلا محله الشيء المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة إذ يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق . وإنما يختلف الحقان من حيث المدين : ففى الحق العينى يكون المدين دائما هم جميع الناس عدا الدائن ، والمدين فى الحق الشخصى هو شخص معين بالذات . وهذا التقريب الذى يذهب إليه بلانيول تقريب سطحى ، فإن الحق الشخصى لا يزال يتميز تميزاً جوهريا عن الحق العينى من حيث المدين . ذلك أن الحق الشخصى يشارك الحق العينى فى أن جميع الناس عدا الدائن يجب عليهم احترام الشخص كما يجب عليهم احترام الحق العينى[1] ، ويزيد الحق الشخصى على الحق العينى فى أن له مدينا معينا بالذات لا وجود له فى الحق العينى . وتعيين المدين بالذات فى الحق الشخصى هو المميز الجوهرى لهذا الحق ، وهو الذى يباعد بينه وبين الحق العينى حيث لا يتعين المدين بالذات .

والفريق الثانى من الفقهاء الذين يقربون الحق الشخصى من الحق العينى ، وعلى رأسهم سالى ولامبر ، يذهبون إلى أن الحق الشخصى هو كالحق العينى عنصر من عناصر الذمة المالية يتصرف فيه صاحبه ، فيبيعه ويهبه ويرهنه ويجرى فيه سائر التصرفات . فتتجرد القيمة المالية للحق الشخصى عن شخص كل من الدائن والمدين ، وبذلك يقرب الحق الشخصى من الحق العينى . وهذا هو المذهب المادى فى الالتزام . وسنعود إليه فيما يلى . على أن هذا المذهب لا يهدم التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى ، فنحن حتى إذا نظرنا إلى الحق الشخصى نظرة مادية باعتبار محله ، فإن هذا لا ينفى أن هناك فرقا جوهريا من هذه الناحية بين الحقين . فالدائن فى الحق الشخصى ليس له إلا سلطة غير مباشرة على محل الحق . ولا يستعمل هذه السلطة إلا بوساطة المدين . أما الدائن فى الحق العينى فيستعمل سلطة مباشرة على محل الحق ، دون أى وسيط .

---

(١) فلا يصح القول بأن الحق العينى هو حق شخصى عام من حيث المدين **(passivement universel)** . إذ الحق الشخصى فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين وتلتزم الناس كافة باحترامه . فإذا أخل أحد بهذا الاحترام ، بأن حرض المدين مثلا على أن يمتنع عن القيام بما تعهد به ، كان مسئولا ووجب عليه التعويض .

٣ — **بقاء التمييز ما بين الحقين قائماً** : يبقى إذن التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني قائماً محتفظاً بأهميته . فالحق العيني سلطة مباشرة للشخص على الشيء[١] ، أما الحق الشخصي فرابطة بين شخصين . والظاهرة المهمة في الحق العيني هي تحديد المحل ، أما في الحق الشخصي فتحديد المدين . ومن ثم يتميز الحق الشخصي عن الحق العيني في أن له مديناً معيناً بالذات يباشر الدائن بوساطته سلطته على محل الحق ، أما الدائن في الحق العيني فيباشر سلطته على محل الحق مباشرة دون وساطة مدين معين بالذات .

والحق الشخصي بهذا التحديد هو الالتزام . إذا نظر إليه من جانب الدائن سمي حقاً ، وإذا نظر إليه من جانب المدين سمي ديناً . ونظرية الحق الشخصي هي نظرية الالتزام بوجه عام ، فهي إذن أحد قسمين رئيسيين في الفقه المدني[٢] .

---

(١) ولما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء **(droit de suite)** في يد أي شخص انتقل إليه . وله أيضاً — إذا كان الحق العيني حق ضمان كالرهن — أن يتقدم على جميع الدائنين الشخصيين في تقاضي حقه من الشيء **(droit de préférence)** ، إذ أن الدائنين الشخصيين ليست لهم إلا سلطة غير مباشرة على الشيء .

(٢) ويميز بعض الفقهاء بين الالتزام الشخصي **(obligation personnelle)** وهو ما أشرنا إليه فيما تقدم ، والالتزام العيني **(obligation réelle - propter rem)** (انظر **Méchou** رسالة من نانسي سنة ١٨٩١ — **De Jéglart** رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ — بنكاز ملحق بودري ٥ ص ٣١٤ — ص ٤٣٦ — الأستاذ شفيق شحاته في نظرية الحق العيني) . والالتزام العيني ، في نظر من يقول به ، هو التزام ملحق بحق عيني تبعي أو حق عيني أصلي :

(ا) فيكون ملحقاً بحق عيني تبعي إذا كان هذا الحق العيني التبعي مقرراً على عين غير مملوكة للمدين ، كما هو الأمر في الكفيل العيني والحائز للعقار المرهون . فمالك العين المرهونة — الكفيل أو الحائز — ليس مديناً شخصياً ، ولكن عليه التزاماً عينياً بموجبه يمكن التنفيذ على العين المرهونة ، فهو مسئول عن الدين ولكن في حدود العين المرهونة ولايتناول التزامه سائر أمواله ، ومن هنا كان التزامه عينياً لقصره على عين بالذات . والواقع أننا لسنا في حاجة إلى فكرة الالتزام العيني هنا . فيكفينا حق الرهن التبعي ليفسر كيف أن العين المرهونة ينفذ عليها بالدين . فهي مرهونة ضماناً لوفائه . وإذا كان الكفيل العيني أو الحائز للعقار المرهون غير مسئول عن الدين في سائر أمواله ، فذلك لأنه لا توجد علاقة مديونية بينه وبين الدائن ، والموجود هو علاقة المسئولية وحدها كما سنرى . فالكفيل أو الحائز ليس ملتزماً التزاماً شخصياً ، ولا هو ملتزم التزاما عينياً ، بل هو غير مدين أصلا ، وإنما هو مسئول عن الدين في حدود العين المرهونة .

(ب) ويكون الالتزام العيني ملحقاً بحق عيني أصلي إذا كان صاحب الحق العيني الأصلي ملزماً بموجب هذا الحق العيني أن يقوم بأعمال معينة . فالمالك ملزم أن يضع حدوداً لملكه الملاصق لملك =

§ ٢ – المذهبان الشخصى والمادى فى الالتزام

٤ – **المذهب الشخصى فى الالتزام** : يعتبر المذهب الشخصى ، وهو المذهب الفرنسى التقليدى الموروث عن القانون الرومانى(١) ، أن الأمر الجوهرى فى الالتزام هو أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وقد كانت هذه الرابطة فى القانون الرومانى القديم سلطة تمنح للدائن على شخص المدين ، فكان المدين مسئولا عن التزامه لا فى ماله بل فى جسمه وفى حريته الشخصية . وكانت هذه السلطة فى القديم تستغرق حرية المدين ، وهذا هو الرق الكامل ، فكان الدائن يسترق المدين الذى لا يفى بالتزامه . ثم تلطفت سلطة الدائن شيئاً

= جاره (م ٨١٣ مدنى) ، ومالك الحائط المشترك ملزم بنفقات إصلاحه (م ٨١٤ مدنى) ، وصاحب حق الانتفاع ملزم بالنفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة (م ٨٥٨ مدنى) ، وصاحب العقار المرتفق ملزم بالقيام بالأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق (م ١٠٢٢ مدنى) . فهذه الالتزامات العينية يبرر وجودها ، فى نظر من يقول بها ، أنها تختلف عن الالتزامات الشخصية فى أنها تنتقل بانتقال الشىء إلى الخلف الخاص وفى أنها تنقضى بتخلى صاحب الحق العينى عن هذا الحق . والواقع أن هاتين الخاصتين يمكن بقاؤهما لهذه الالتزامات على اعتبار أنها التزامات شخصية ، فلا تعود هناك حاجة لتسميتها بالتزامات عينية . فالخاصية الأولى – انتقال الالتزام مع الشىء إلى الخلف الخاص – هى أيضاً من خصائص الالتزامات الشخصية . فسنرى أن الالتزام الشخصى ينتقل مع الشىء إلى الخلف الخاص إذا كان هذا الالتزام من مستلزمات الشىء . أما الخاصية الثانية – انقضاء الالتزام بالتخلى عن الحق العينى – فهذه يمكن تفسيرها لا بأن الالتزام هنا التزام عينى بل هو التزام شخصى رتبه القانون على واقعة معينة هى كون المدين بهذا الالتزام صاحب حق عينى . فإذا نزل صاحب الحق العينى عن حقه – وهذا هو التخلى وهو جائز بإرادة منفردة – زالت الواقعة التى كانت سبباً فى ترتيب الالتزام ، فانقضى هذا الالتزام بزوالها . فما يسمى بالالتزام العينى ليست له إذن خصيصة تميزه عن الالتزام الشخصى ، فهو إذا انتقل إلى الخلف الخاص فشأنه فى ذلك شأن الالتزام الشخصى ، وهو إذا انقضى بالتخلى فهذا يصدق أيضاً بالنسبة إلى الالتزام الشخصى لأن السبب الذى رتب الالتزام قد زال . ومن ثم لا يكون هناك مبرر لوجود التزام عينى متميزاً عن الالتزام الشخصى ، فالالتزام العينى ما هو إلا التزام شخصى تسرى عليه القواعد العامة للالتزامات الشخصية (انظر فى انتقاد قيام الالتزام العينى متميزاً عن الالتزام الشخصى إسماعيل غانم فى آثار الالتزام فقرة ٢١ – فقرة ٢٣ – وقارب عبد الحى حجازى ١ ص ٧٧ – ص ٨٢) .

(١) وكان الالتزام فى القانون الرومانى يقوم على رابطة قانونية ما بين الدائن والمدين **(juris vinculum)** . وكانت هذه الرابطة فى أول أمرها سلطة تعطى للدائن على جسم المدين لا على ماله ، وكان هذا هو الذى يميز بين الحق العينى والحق الشخصى ، فالأول سلطة تعطى للشخص على شىء والثانى سلطة تعطى للشخص على شخص آخر .

فشيئاً حتى أصبحت لا تتناول شخص المدين ، وصارت مقصورة على ماله . ولكن بقى الالتزام مع ذلك رابطة شخصية بين الدائن والمدين ، فلا يصل الدائن إلى مال المدين بطريق سلطة مباشرة على هذا المال ، بل بوساطة المدين وعن طريق ذمته المالية ، فهذه الذمة هى المسئولة عن الالتزام[1] .

٥ — **المذهب المادى فى الالتزام** : وقد قام فقهاء الألمان — وعلى رأسهم چيرك (Gierke) — فى القرن التاسع عشر فى وجه المذهب الشخصى الرومانى الأصل ، وغلبوا النظريات الجرمانية بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية . فبينوا أن الفكرة الجرمانية فى الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، بل تنظر إلى محل الالتزام وهو العنصر الأساسى ، وتجرده من الرابطة الشخصية ، حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية . فينفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مادياً العبرة فيه بقيمته المالية[2] . والمذهب المادى ، كما نرى ، يضعف الصلة ما بين محل الالتزام

---

(١) وأشهر من قال بالمذهب الشخصى من فقهاء الألمان ساڤينى ، فقد كان يرى الالتزام رابطة شخصية تخضع المدين للدائن ، وهى صورة مصغرة من الرق . فالسلطة (Herrschaft) التى تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق حرية من يخضع لهذه السلطة ، وهذا هو الرق الكامل أو الملكية التامة . وقد لا تتناول السلطة إلا بعض هذه الحرية ولا تمتد إلا إلى جزء من نشاط المدين ، فيترتب بذلك حق للدائن خاص بعمل معين من أعمال المدين ، وهذا مايسمى بالالتزام ، فالالتزام إذن هو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر . وتكون الملكية والالتزام فى نظر ساڤينى من طبيعة واحدة ولا يختلفان إلا فى الدرجة ، فى الملكية يكون الخضوع كلياً ، وهو جزئى فى الالتزام .

(٢) ويساند المذهب المادى للالتزام نظرية أخرى هى أيضاً جرمانية الأصل ، وإن كانت لها جذور فى القانون الرومانى . فإن الفقه الجرمانى يميز فى الالتزام بين عنصر المديونية (Schuld) وعنصر المسئولية (Haftung) . فالمديونية هى الواجب القانونى المعين الذى يقوم به المدين للدائن ، فهى إذن رابطة شخصية مابين المدين والدائن ، ولا تخول المديونية أية سلطة للدائن يجبر بها المدين على تنفيذ الالتزام . أما السلطة التى تخول الدائن إجبار المدين على الوفاء فهذه هى المسئولية ، وقد تطور هذا العنصر كما سنرى حتى أصبح عنصراً مادياً لا رابطة شخصية . فأكسب الالتزام وهو أحد عنصريه سمة مادية .

وقد كانت المسئولية فى القديم سلطة فعلية للدائن على جسم المدين ، فتخضع المدين للرق وللتصرف . ثم تلطفت هذه السلطة ، فأصبحت فى الوقت الحاضر على نوعين : (أ) مسئولية شخصية . يكون للدائن بموجبها التنفيذ بحقه على جميع أموال المدين ، فينفذ على المال المملوك للمدين =

وشخصى الدائن والمدين ، فيجعل الالتزام شيئاً مادياً سهل التداول ، وهذا من شأنه أن يزيد فى سرعة التعامل وفى مرونته . ومن النتائج التى تترتب على هذا المذهب نتيجتان عمليتان هامتان :

= وقت حلول حقه ولو لم يكن مملوكاً له وقت نشوء هذا الحق . وعلى النقيض من ذلك لا يستطيع التنفيذ على المال غير المملوك للمدين وقت حلول الحق ولو كان مملوكاً له وقت نشوئه . فالمال الذى يمكن التنفيذ عليه مرتبط كما نرى بشخص المدين ، ومن ثم سميت المسئولية هنا بالمسئولية الشخصية . (ب) مسئولية عينية ، فلا يجوز التنفيذ إلا على مال معين بالذات من أموال المدين لا على جميع المال ، ويبقى هذا المال مسئولا عن حق الدائن حتى لو خرج من ملك المدين فيتبعه الدائن فى يد الغير . مثل ذلك العقار المرهون إذا باعه الراهن فيصبح الحائز للعقار مسئولا مسئولية عينية فى العقار المرهون دون غيره من أمواله ، ومثل ذلك أيضاً الكفيل العينى يرهن عيناً مملوكة له ضماناً لدين على الغير فيصبح مسئولا مسئولية عينية فى هذا العقار دون غيره من أمواله . فالمسئولية العينية تتركز فى عين معينة بالذات ، ومن ثم سميت بالمسئولية العينية . ومما يدل على أن الالتزام مزدوج يشتمل على عنصرى المديونية والمسئولية معاً – مع اعتبار المديونية هى العنصر الأصلى إذ هى بمثابة الغاية واعتبار المسئولية هى العنصر التبعى إذ هى بمثابة الوسيلة لتحقيق هذه الغاية – أنه يمكن تصور المديونية بغير مسئولية ، كما يمكن تصور المسئولية منفصلة عن المديونية .

أما أن المديونية تقوم دون قيام المسئولية فذلك يتحقق فى الالتزام الطبيعى . فإن هذا الالتزام يشتمل على عنصر المديونية بحيث إذا أداه المدين يكون قد أدى ديناً قائماً فلا يستطيع أن يسترد ما أداه ، ولا يشتمل على عنصر المسئولية فلا يستطيع الدائن إجبار المدين على الوفاء به . وإذا كانت المديونية يمكن أن تقوم دون قيام المسئولية ، فأولى أن تقوم مستندة إلى مسئولية محدودة . ويمثل الأستاذ إسماعيل غانم لذلك بمديونية الوارث وفقاً لمبادئ الفقه الإسلامى . إذ أن هذه المديونية تستند إلى مسئولية محدودة تنحصر فيما تلقاه الوارث من أموال التركة . فالوارث إذن ينتقل إليه التزام المورث ، كاملا فى عنصر المديونية ، ومحدوداً بمال التركة فى عنصر المسئولية (انظر إسماعيل غانم فى آثار الالتزام فقرة ١٢) .

وأما أن المسئولية قد تنفصل عن المديونية ، فذلك يتحقق إذا وجدت المسئولية حالا ولم توجد المديونية إلا فى المستقبل ، كما هو الأمر فى عين ترهن ضماناً لدين مستقبل أو لدين احتمالى . ويتحقق ذلك أيضاً فى مسئولية الكفيل العينى فهى مسئولية منفصلة عن المديونية إذ أن عنصر المديونية باق فى ذمة المدين المكفول ، وفى مسئولية الحائز للعقار المرهون فهنا أيضاً المسئولية على الحائز أما المديونية ففى ذمة المدين الذى باع العقار المرهون .

(انظر فى هذا الموضوع رسالة بوبا فى المديونية والمسئولية باريس سنة ١٩٣٥ – عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٢١٠ – فقرة ٢٢٣ – عبد الحى حجازى ١ ص ٤٥ – ص ٥٨ – إسماعيل غانم فى آثار الالتزام فقرة ٨ – فقرة ١٣) .

ويميز الفقه الإسلامى بين الدين والمطالبة ، فالدين يقابل المديونية والمطالبة تقابل المسئولية . ويقع هذا التمييز بوجه خاص فى الكفالة وفى الحوالة ، ومما هو جدير بالذكر فى هذا الصدد أن الفقه الإسلامى لا يقل فى نزعته المادية عن الفقه الجرمانى .

(النتيجة الأولى) لما كانت العبرة فى الالتزام بمحله دون أشخاصه ، أصبح من السهل أن نتصور تغير أشخاص الالتزام ، ليس من دائن إلى دائن آخر فحسب وهذا ما يسلم به التقنين المدنى الفرنسى ذاته مع أنه قد أخذ بالمذهب الشخصى ، بل أيضاً من مدين إلى مدين آخر ، فيوجد إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين . وهذا ما أقرته التقنينات المشبعة بالمذهب المادى كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى ، وعلى أثرهما سار التقنين المصرى الجديد .

(النتيجة الثانية) لما كانت الرابطةالشخصية ليست هى الأمر الجوهرى فى الالتزام ، فمن الممكن أن نتصور وجود التزام دون دائن وقت نشوئه ، فيستند الالتزام إلى المدين وحده . ولو كانت الرابطة الشخصية هى العنصر الجوهرى ، لما أمكن تصور التزام ينشأ دون أن يوجد وقت نشوئه المدين والدائن ، لأن الالتزام هو الرابطة الشخصية فيما بين هذين ، فإذا لم يوجد أحدهما امتنع وجود هذه الرابطة . أما إذا أخذنا بالمذهب المادى ، أمكن تصور التزام يقع عبئاً فى مال المدين دون أن يكون هناك دائن وقت نشوء الالتزام ، ويكفى أن يوجد وقت التنفيذ ففى هذا الوقت فقط تظهر الضرورة فى أن يتقدم دائن يستوفى من المدين التزامه . وهناك أمثلة كثيرة نرى فيها الالتزام ينشأ فى ذمة المدين دون أن يوجد الدائن . ولا يظهر هذا إلا وقت التنفيذ . من ذلك التزام الواعد بجائزة ، وعقد التأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص لما يوجد كالتأمين لمصلحة أولاد لم يولدوا ، ومن يدفع سنداً لحامله فهو يلتزم لدائن غير معين هو حامل هذا السند . فهذه الأمثلة تستعصى فى التحليل على المذهب الشخصى الذى يأبى إلا أن يوجد الدائن وقت نشوء الالتزام ، ويسعفها المذهب المادى وهو يقر وجود التزام دون دائن مادام الدائن يوجد وقت التنفيذ .

٦ — **تقدير المذهبين الشخصى والمادى** : لا شك فى أن المذهب المادى للالتزام يتمشى مع النظم الاقتصادية القائمة فى الوقت الحاضر ، ومع سرعة تداول المال وتيسير سبل المعاملات . لذلك يجب الاحتفاظ بالمرونة التى يكسبها هذا المذهب لنظرية الالتزام .

على أنه لا يجوز فى الوقت ذاته إغفال المذهب الشخصى . فلا يزال الالتزام رابطة فيما بين شخصين . ولا يزال لشخصية كل من الدائن والمدين أثر كبير فى تكوين الالتزام وفى تنفيذه . فقد رأينا أنه لا بد من وجود طرفى الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسنرى أن نية الطرفين تؤثر تأثيراً كبيراً فى وجود الالتزام صحيحاً وفى تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هى السبيل الذى تتسرب منه العوامل الخلقية إلى القواعد القانونية .

فالمذهبان الشخصى والمادى يفسران معاً ناحيتى الالتزام . ذلك أن للالتزام ناحيتين ، ناحية شخصية يفسرها المذهب الشخصى ، وناحية مادية يفسرها المذهب المادى . والتقنين المدنى المصرى ، إذا كان قد أخذ من المذهب المادى نتائج عملية هامة ، لم يهجر فى الوقت ذاته المذهب الشخصى ، بل استبقاه فى كثير من آثاره .

§ ٣ – اختيار تعريف الالتزام

٧ – تعريف التقنين المدنى السابق وتعريف التقنين المدنى الفرنسى : كانت المادة ٩٠/ ١٤٤ من التقنين المدنى السابق تنص على أن « التعهد هو ارتباط قانونى الغرض منه هو حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد بعمل شىء معين أو بامتناعه عنه » . والتقنين المدنى السابق كان يسمى الالتزام « تعهداً » ، ولفظ « الالتزام » أدق ، لأن التعهد قد يفهم على أنه التزام مصدره العقد دون غيره من المصادر الأخرى .

وقد ورد تعريف الالتزام فى التقنين المدنى الفرنسى عرضاً فى صدد تعريف العقد ، فنصت المادة ١١٠١ من هذا التقنين على أن « العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شىء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » . وتعريف التقنين الفرنسى يقرب من تعريف التقنين المصرى السابق فى أن كلا منهما ينص على أن محل الالتزام هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، ويزيد التقنين الفرنسى أن محل الالتزام قد يكون إعطاء شىء (donner) ، أى نقل ملكية أو حق عينى آخر ، والتقنين المصرى السابق يدخل الالتزام بإعطاء شىء فى دائرة الالتزام بعمل .

٨ — التعريف الذى ورد فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد : وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد فى المادة ١٢١ منه يعرف الالتزام على الوجه الآتى : « الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل » . ولم يعرف المشروع الالتزام بأنه رابطة قانونية ، وآثر أن يقول إنه حالة قانونية ، حتى لا يجعل الغلبة للمذهب الشخصى على المذهب المادى . ولهذا أيضاً آثر أن يذكر فى التعريف المدين وحده دون الدائن . إذ من الميسور تصور التزام ليس له دائن وقت نشوئه على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم . على أن الطابع الشخصى لم يهمل إهمالا تاماً فى التعريف ، إذ ذكر أن لكل التزام مديناً يعتبر شخصه عنصراً جوهرياً من عناصر الالتزام[1]. وقد رؤى حذف هذا النص فى المشروع النهائى تجنباً للتعريفات فيما لا ضرورة لتعريفه ، وتحرزاً من تأكيد الطابع المادى فى نص تشريعى تأكيداً قد يجعله يطغى على الطابع الشخصى .

٩ — ما يجب إبرازه فى التعريف الذى يختار للالتزام : وخير تعريف للالتزام ، فى المرحلة التى وصل إليها التطور فى الوقت الحاضر ، هو التعريف الذى يبرز المسألتين الآتيتين : (١) أن للالتزام ناحية مادية كما أن له ناحية شخصية ، فهو حالة قانونية تربط شخصاً معيناً . (٢) أنه ليس ضرورياً أن يوجد الدائن منذ نشوء الالتزام .

والتعريف الآتى يفى بهذا الغرض : « الالتزام حالة قانونية يرتبط بموجبها شخص معين بنقل حق عينى أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » .

§ ٤ – أهمية نظرية الالتزام
وتأثرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية

١٠ — أهمية نظرية الالتزام : نظرية الالتزام هى من القانون المدنى ، بل ومن القانون عامة ، بمثابة العمود الفقرى من الجسم . ويجعلها تارد (Tarde) فى علم القانون مكان نظرية القيمة فى علم الاقتصاد . ويجد علماء القانون فيها مجالا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩ فى الهامش .

فسيحاً للسمو بالمنطق القانونى إلى أرفع مكان . بل قد يبالغ بعض الفقهاء مبالغة غير محمودة ، فيغفل ما تشتمل عليه هذه النظرية من حقائق اجتماعية واقتصادية وأدبية ، ويجردها من كل ذلك ، ويبرزها قواعد فنية خالية إلا من المنطق المحض ، قريبة من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية .

١١ — تطور نظرية الالتزام وتأثرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية : على أنه إذا صح أن نظرية الالتزام هى أصلح النظريات للتجريد والتعميم وأخصبها تربة لإنبات المبادئ العامة ، فليس بصحيح ما يذهب إليه بعض الفقهاء من أن هذه النظرية لم تتطور ، بل بقيت ثابتة على وجه الزمن . والصحيح أن نظرية الالتزام تطورت تطوراً كبيراً منذ عهد الرومان إلى اليوم . وقد تأثرت فى تطورها بعوامل اجتماعية واقتصادية وأدبية .

تأثرت بالعوامل الاجتماعية . فالنظريات الاشتراكية وما فى منحاها من النظريات الاجتماعية أثرت فيها تأثيراً بليغاً . فهذه نظرية العقد . وقد أخذت قوة العقد الملزمة تقوم فيها على التضامن الاجتماعى أكثر مما تقوم على إرادة الفرد . وهذه عقود الإذعان . وقد أخذت الدولة تتدخل فى تنظيمها حتى تحمى الجانب الضعيف وهو جانب المستهلك . وهذه نظرية الغبن ، وقد أخذت تنفرج حتى أصبحت نظرية عامة تنطبق على جميع العقود ، على خلاف ما كانت تقضى به النظريات الفردية من وجوب ترك الفرد حراً فى تعاقده يلتزم بما أراد مهما أصابه من غبن . وهذه دائرة النظام العام . وقد أخذت تتسع فتورد قيوداً خطيرة على مبدأ سلطان الإرادة .

وتأثرت نظرية الالتزام بالعوامل الاقتصادية . فقد اقترن تقدم الآلات الميكانيكية وانتشار استعمالها بمخاطر جمة تستهدف لها الناس . وكان هذا سبباً [فى] تأسيس المسئولية على الخطأ المفروض ، بل فى خلق نظرية تحمل التبعة . وكان من ذلك أيضاً أن اتسع نطاق التأمين بأنواعه المختلفة . فوسع من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حتى بدت فى ثوب جديد . وظاهرة اقتصادية أخرى كان لها أثرها [فى] نظرية الالتزام ، هى تجمع رؤوس الأموال للإنتاج على أثر تقدم الصناعة ، فأدى ازدياد هذا النشاط إلى خلق أنواع جديدة من العقود لم

تكن معروفة من قبل ، كالعقود الجماعية والعقود النموذجية وعقود التزام المرافق العامة . هذا إلى أن المشاكل الاقتصادية بعد الحربين العالميتين الأخيرتين قد استحدثت نظريات قانونية جديدة ، نرى هذا فى نظرية الظروف الطارئة ، وفى نظرية الوفاء بعملة نقص سعرها وما يتصل بذلك من شرط الذهب ، وفى التسعير الجبرى للسلع وأجور الأماكن .

وتأثرت نظرية الالتزام بالعوامل الأدبية . فالنظرية التى تقضى بأن الغش يفسد العقود ، ونظرية التعسف فى استعمال الحق ، ونظرية الالتزامات الطبيعية ، واتساع دائرة الآداب بما ورد من قيود على مبدأ سلطان الإرادة ، كل هذه نظريات تنم عن تأثر نظرية الالتزام بالعوامل الأدبية .

١٢ — خطة البحث : ونبسط نظرية الالتزام فى قسمين : (القسم الأول) فى مصادر الالتزام . (والقسم الثانى) فى أحكام الالتزام ، وتتناول هذه الأحكام الإثبات وآثار الالتزام وأوصافه وانتقاله وانقضاءه .

القسم الأول

فى مصادر الالتزام

مقـــدمة
فى ترتيب مصادر الالتزام

١٣ — تعريف مصدر الالتزام : المقصود بمصدر الالتزام هو السبب القانونى الذى أنشأ الالتزام . فالتزام المشترى بدفع الثمن مصدره عقد البيع ، والتزام المتسبب فى ضرر بتعويضه مصدره العمل غير المشروع ، والتزام الأب بالنفقة على عياله مصدره نص فى القانون .

١٤ — الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام : كانت النظرية التقليدية تجعل مصادر الالتزام خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . فالعقد (con) هو توافق إرادتين على إنشاء التزام ، كعقد البيع ينشئ التزاما فى جانب البائع بنقل ملكية المبيع وبتسليمه إلى المشترى ، وينشئ التزاما فى جانب المشترى بدفع الثمن . وشبه العقد (quasi-contrat) هو عمل اختيارى مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير ، فالفضولى يقوم مختارا بعمل مشروع يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك ، فيلتزم بأن يستمر فى العمل الذى بدأه وبأن يقدم حسابا عنه ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختيارى المشروع الذى قام به . والجريمة (délit) هى عمل ضار يأتيه فاعله متعمدا الإضرار بالغير ، كما إذا أتلف شخص عمدا مالا مملوكا للغير فيلتزم بالتعويض . وشبه الجريمة (quasi-délit) عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه بخلاف الجريمة غير مصحوب بنية الإضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط ، فإذا قاد شخص سيارة بسرعة غير معتادة فدهس شخصاً فى الطريق التزم بتعويض المصاب أو ورثته . والقانون (loi) قد يكون أخيراً مصدراً للالتزام ، كما فى التزامات أفراد الأسرة بعضها لبعض من نفقة ورضاع وحضانة ووصاية وقوامة ، وكما فى التزامات الجوار .

والأصل فى هذا الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام يصعد إلى القانون الرومانى . فقد بدأ هذا القانون يرجع الالتزامات إلى مصدرين : الجريمة والعقد . فالجريمة

تنحصر فى جرائم محددة[١] ، والعقد يشتمل على عقود معينة على سبيل الحصر[٢]. أما الالتزامات التى لا تنشأ من هذه الجرائم أو من هذه العقود ، فلم يحاول القانون الرومانى فى البداية ترتيبها ، وأسمى مصادرها « الأسباب المختلفة » : ولم يجئ فى هذا الترتيب شيء عن شبه العقد ولا عن شبه الجريمة . ولكن جايبس (Gaius) ، أحد فقهاء الرومان المعروفين ، رأى أن يضع الالتزامات التى تنشأ من أعمال غير مشروعة إلى جانب الالتزامات التى تنشأ من الجرائم المحددة المعروفة ، بجامعة أن كلا من النوعين ينشأ من عمل غير مشروع ، فألحق بالجرائم المعروفة أعمالا أخرى غير مشروعة[٣] . والذى كان جايبس يعنيه هو اعتبار هذه الالتزامات كأنها تنشأ من جريمة ، لا من حيث مصدرها لأنها لا تنشأ من جريمة فى الواقع من الأمر ، بل من حيث أثرها إذ هى فى حكمها كالالتزامات التى تنشأ من الجرائم ، فلا تنتقل إلى ورثة المدين ويصح أن تجاوز حد الضرر الذى أحدثه العمل . وكان جايبس يقول عن هذه الالتزامات إن المدين بها يلتزم كما لو كان يلتزم بجريمة (quasi ex delicto) فهى ملحقة بالجريمة . ورأى جايبس أيضا أن يضع الالتزامات التى تنشأ من أعمال مشروعة[٤] إلى جانب الالتزامات التى تنشأ من العقود المعينة المعروفة ، فيلتزم بها المدين كما لو كان يلتزم بعقد (quasi ex contractu) ، لا من حيث المصدر ، بل من حيث الأثر فتنتقل إلى ورثة المدين ولا يصح أن تجاوز حد الضرر الذى أحدثه العمل ، فهى ملحقة بالعقد .

ولم يلبث التعبير الرومانى ، فى عهد القانون الفرنسى القديم ، أن تحور حتى خرج عن معناه الصحيح . فأصبح الملحق بالجريمة شبه جريمة ، والملحق بالعقد شبه عقد ، وذلك من حيث المصدر لا من حيث الأثر . وأصبح شبه العقد يتضمن إرادة مفترضة فيقرب من العقد الذى يتضمن إرادة حقيقية . وهكذا ابتعدنا

---

(١) كجريمة السرقة (furtum) وجريمة التهديد (metus) وجريمة الغش (dolus malus) وجرائم الإضرار بمال الغير فى قانون أكيليا (damnum iujuria datum lex Acquiliae) .

(٢) كالعقود الشكلية والعقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة والعقود البريطورية والعقود الشرعية ، وسيأتى بيانها فى مكان آخر (انظر مايلى فقرة ٢٦ فى الهامش) .

(٣) كإخلال القاضى بواجبات وظيفته ووقوع الشيء من نافذة منزل فتصيب الغير بالضرر .

(٤) كعمل الفضولى ودفع غير المستحق وحالة الجوار .

عن النظرية الرومانية ، فإن هذه النظرية كانت ترى « ملحق العقد » هو العمل المشروع الذى ليس بعقد ، أى الفكرة الأساسية فيه هى أن تنتفى عنه صفة العقد . أما فى القانون الفرنسى القديم فشبه العقد هو عمل مشروع يقرب من العقد فى أن كلا منهما ليس عملا مشروعا فحسب ، بل هو أيضا مبنى على إرادة : حقيقية فى العقد ومفترضه فى شبه العقد .

ثم أتى پوتييه فجعل مصادر الالتزام خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . وانتقل الترتيب الذى وصل إليه پوتييه إلى التقنين المدنى الفرنسى ، وسلم أكثر فقهاء القانون المدنى الفرنسى طوال القرن التاسع عشر بهذا الترتيب ولم يعرضوا له بنقد .

١٥ — نقد الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام : على أن هذا الترتيب التقليدى هوجم هجوماً عنيفاً فى مطلع القرن العشرين ، وحمل لواء الهجوم الأستاذ پلانيول الفقيه الفرنسى المعروف(١) . فذهب بحق إلى أن تقسيم العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام إلى جريمة وشبه جريمة ، بحسب وجود نية التعمد أو انعدام هذه النية ، لا أهمية له ، لا من حيث نشوء الالتزام ولا من حيث أثره . فشبه الجريمة ينشئ التزاماً كالالتزام الذى تنشئه الجريمة سواء بسواء ، والتعويض يدفع كاملا فى الحالتين . وإذا كان « شبه الجريمة » لا فائدة فى جعله مصدراً مستقلا للالتزام ، « فشبه العقد » أقل استحقاقاً من « شبه الجريمة » فى ذلك ، بل هو فوق هذا تعبير مضلل . فالنظرية التقليدية تزعم أن شبه العقد قريب من العقد فى أنه إرادى ، وبعيد عن الجريمة وشبه الجريمة فى أنه عمل مشروع . والواقع عكس ذلك تماماً ، فشبه العقد بعيد عن العقد لأنه غير إرادى ، وقريب من الجريمة وشبه الجريمة لأنه غير مشروع . أما أن شبه العقد عمل غير إرادى فيظهر هذا من أن الالتزام الناشئ من شبه العقد ليس وليد الإرادة من أى وجه ، بل قد ينشأ هذا الالتزام رغم إرادة الملتزم ، لذلك لا يشترط توافر الأهلية فيه بينما يشترط توافرها فى المتعاقد الذى لا ينشأ الالتزام إلا بإرادته . وإذا كنا فى شبه العقد قد نصادف عملا إرادياً فى مبدأ الأمر ، كما إذا أقام شخص

---

(١) انظر مقال الأستاذ پلانيول فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ٢٢٤ ومابعدها .

بناء على أرض الغير فأنشأ التزاماً فى ذمة صاحب الأرض بأن يرد ما أثرى به على حساب صاحب البناء ، فليس هذا العمل الإرادى هو الذى خلق الالتزام ، وليس من صدر منه هذا العمل هو الملتزم ، بل الملتزم هو صاحب الأرض ولم تصدر منه أية إرادة بل فوجئ بالبناء مقاماً على أرضه . وأما أن شبه العقد عمل غير مشروع ، فيظهر ذلك ، كما يقول بلانيول ، عند التعمق فى تحليل الالتزام الذى ينشأ من شبه العقد . فإننا نقف عادة فى أول الطريق عند العمل الذى يبدأ به شبه العقد ، وهذا العمل مشروع دون شك . ولكن هذا العمل المشروع ليس هو الذى ينشئ الالتزام ، فإن الملتزم ليس هو الشخص الذى أقام البناء . ومعروف أن مصدر الالتزام يتصل بشخص المدين لا بشخص الدائن ، وإلا أصبح الشخص مديناً بسبب لا يتصل بشخصه بل هو من عمل غيره وهذا لا يجوز . فإذا أردنا أن نعرف مصدر الالتزام متلمسين إياه متصلاً بشخص المدين ، وجدنا أن السبب يرجع إلى إثراء المدين دون سبب على حساب الدائن ، فوجب عليه أن يرد للدائن ما أثرى به على حسابه . فالإثراء دون حق هو إذن مصدر الالتزام ، وهذا عمل غير مشروع . ومن هذا يتبين أن شبه العقد ليس بالعمل الإرادى ولا بالعمل المشروع كما تزعم النظرية التقليدية .

ثم يقدم الأستاذ بلانيول أساساً لترتيب آخر ، فيذهب إلى أن للالتزام مصدرين اثنين : العقد والقانون . ويرد شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة جميعاً إلى القانون . ذلك أن الالتزامات التى تنشأ من هذه المصادر الثلاثة ليست إلا التزامات جزائية نشأت بسبب الإخلال بالتزامات قانونية . ففى شبه العقد يثرى شخص على حساب غيره ، فيخل بالتزام قانونى هو ألا يثرى دون حق على حساب الغير ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانونى التزام جزائى هو رد ما أثرى به . وفى الجريمة وشبه الجريمة يحدث شخص ، بخطأه العمد أو غير العمد ، ضرراً للغير فيخل بالتزام قانونى هو ألا يضر الغير بخطأه ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانونى التزام جزائى هو تعويض الضرر الذى أحدثه . والذى يميز هذه الالتزامات الجزائية هو أنها ليست كالالتزامات القانونية درءا لضرر قد يقع فى المستقبل ، بل هى تعويض عن ضرر قد وقع فى الماضى . على أنه يلاحظ أن هذه الالتزامات الجزائية إنما هى فى الواقع الالتزامات القانونية ذاتها

قد استحالت إلى تعويض ، على الوجه الذى نراه فى الالتزامات العقدية عندما تستحيل هى أيضا إلى تعويض إذا لم يمكن تنفيذها عينا . فكل التزام غير عقدى يكون التزاما قانونيا ، إما فى صورته الأصلية ، وإما فى صورة استحال فيها إلى تعويض . وهو فى الصورة الأولى يراد به درء ضرر قد يقع . وفى الصورة الثانية يراد به التعويض عن ضرر قد وقع .

وبالرغم من روعتها فى هذا التحليل الذى يقول به بلانيول من جدة وبساطة ، فليس فيه ما يلقى الضوء الكامل على ترتيب مصادر الالتزام . فهو أقرب إلى التعليل منه إلى التحليل ، لأنه يوضح علة وجود الالتزامات أكثر مما يبين مصدر نشوئها . هذا إلى أنه إذا صح أن القانون مصدر لكل الالتزامات غير العقدية ، فهو مصدر غير مباشر بالنسبة إلى بعضها ، ومصدر مباشر بالنسبة إلى بعض آخر ، وكان الأولى أن يبرز العمل المادى كما برز العقد مصدراً مستقلا من مصادر الالتزام . على أنه من الإنصاف أن يقال إن لبلانيول فضلا كبيراً فى توجيه نظر الفقهاء إلى عيوب الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام . وقد أجمع الفقهاء ، على أثر الحملة التى قام بها ، على انتقاد هذا الترتيب . وما لبثوا أن هجروه إلى ترتيب حديث ننتقل الآن إليه .

١٦ — الترتيب الحديث لمصادر الالتزام : والترتيب الذى أخذ به أكثر الفقهاء فى الفقه الحديث هو أن مصادر الالتزام خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . ويشترك هذا الترتيب الحديث مع الترتيب التقليدى فى مصدرين ، هما العقد والقانون . أما الجريمة وشبه الجريمة فيجتمعان فى العمل غير المشروع ، وشبه العقد يقابله الإثراء بلا سبب ، ويزيد الترتيب الحديث الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام .

وقد سارت التقنينات الحديثة على هذا الترتيب ، ومن ذلك التقنين الألمانى والتقنين السويسرى والتقنين الإيطالى الجديد والتقنين المصرى الجديد[1] .

---

(١) وسنرى أن الإرادة المنفردة اعتبرت مصدراً عاما للالتزام فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الجديد ، إلا أنها فى لجنة المراجعة لم تصبح مصدراً للالتزام إلا فى حالات خاصة يعينها القانون . ومن ثم أصبحت الالتزامات التى مصدرها الإرادة المنفردة فى التقنين الجديد إنما هى التزامات أنشأها القانون بطريق مباشر بموجب نصوص خاصة ، وقد عالجناها ضمن الالتزامات التى تنشأ من القانون .

١٧ – أساس علمى لترتيب مصادر الالتزام ومصادر الحقوق بوجه عام :

على أن الترتيب الحديث لمصادر الالتزام تغلب فيه الناحية العملية ، وينقصه الأساس العلمى الذى يرتكز عليه . فلا يكفى أن نقول إن هذه هى مصادر الالتزام ، بل يجب إرجاع هذه المصادر إلى تأصيل علمى منطقى . وإذا كان المراد بالمصدر هو السبب القانونى الذى ينشئ الالتزام ، وجدنا عند التأمل أن الأسباب القانونية التى تنشئ الالتزام ليست مقصورة على هذه الدائرة – دائرة الحقوق الشخصية – بل هى تتناول أيضاً الحقوق العينية ، بل تجاوز قانون الأموال إلى قانون الأسرة ، بل هى تحلق فى سماء القانون وتنشئ كل العلاقات القانونية أو تؤثر فيها سواء كانت هذه العلاقات ترجع إلى القانون الخاص أو إلى القانون العام .

ومن الواضح أن السبب الذى ينشئ علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر يجد فيحدث تعديلا فى العلاقات القانونية الموجودة . ولو كان لنا أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران ، وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون ، أمكن أن نقول إن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغير فى الوقت الذى تجمد فيه كل حركة ؛ فإذا حدثت بعد ذلك أية حركة ، فقد يكون من شأنها أن تعدل فى هذه العلاقات . هذه الحركة التى وقعت نسميها « بالواقعة » ، فإذا كان من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً سميت « بالواقعة القانونية » (fait juridique) . وهى إما أن تكون راجعة لإرادة الإنسان ، أو أنها لا ترجع إلى هذه الإرادة .

فهبوب العواصف ، وانفجار البراكين ، ودوران الأرض ، كل هذه وقائع لا ترجع لإرادة الإنسان ، بل هى من عمل الطبيعة . وقد تؤثر فى العلاقات القانونية الموجودة : هبوب العواصف أو انفجار البراكين قد يكون قوة قاهرة تعفى المدين من التزامه ، ودوران الأرض حول نفسها يعين ساعات تنفيذ الالتزام فى عقد العمل ، ودورانها حول الشمس يحصى عدد السنين اللازمة للتملك بالتقادم .

والوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان أكثرها أعمال مادية ، قد يريد صاحبها أن يحدث أثراً فى الروابط القانونية الموجودة أو لا يريد ذلك . فهو يأكل ويمشى ويتحدث ويعاشر الناس ويجاملهم ، وهو لا يريد عادة من وراء هذا أن يؤثر فى علاقاته القانونية ، ولكن هذه العلاقات قد تتأثر . فإذا أكل شيئاً لا يملكه ، أصبح مسئولا عن تعويض المالك . وإذا مشى دون حيطة فأتلف شيئاً ، وجب

عليه تعويض ما أتلف . وإذا تحدث فذكر مثالب الغير ، فقد يكون هذا سبأ أو قذفاً يجعله مسئولا . وإذا جامل الغير فقام ببعض شؤونهم ، فقد يجد نفسه ملزماً بإتمام ما بدأ به ويكون دائناً لهذا الغير بمقدار ما كلفه العمل . ويلاحظ أنه فى الوقائع المتقدمة قد قام الشخص بأعمال مادية اختيارية ، وقد أراد النتائج التى تترتب عليها فى بعض الفروض ، ولكنه فى أكثر الفروض لم يرد شيئاً من هذه النتائج .

وهناك من الوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان ما ليس بأعمال مادية ، بل هو عمل الإرادة المحضة تتجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة . هذه الوقائع تسمى تصرفات قانونية (actes juridiques) تمييزاً لها عن الأعمال المادية (faits matériels) . ومنها ما يرجع لإرادة الشخص منفرداً ، كالوصية والوقف والوعد بجائزة ، وتسمى تصرفات قانونية صادرة من جانب واحد (actes juridiques unilatéraux) ، ومنها ما يرجع إلى إرادة مقترنة بإرادة طرف آخر ، وهذا هو العقد (acte juridique bilatéral, contrat) .

من ذلك نرى أن الوقائع هى مصادر الروابط القانونية . والوقائع إما أن تكون وقائع مادية وهذه تشمل الوقائع الطبيعية والوقائع الاختيارية إذا كانت أعمالا مادية ، أو أن تكون تصرفات قانونية . فيخلص من ذلك أن مصادر الروابط القانونية لا تعدو أن تكون الواقعة المادية (fait matériel) والتصرف القانونى (acte juridique) .

١٨ — **تطبيق الترتيب العلمى على مصادر الحقوق العينية** : والمعروف أن أسباب كسب الحقوق العينية سبعة : الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة والحيازة . فإذا رتبنا هذه الأسباب على النحو الذى قدمناه ، صارت قسمين : (أولا) الوقائع المادية ، وتتفرع إلى وقائع طبيعية وهى الميراث ، وأعمال مادية وهى الاستيلاء والالتصاق والشفعة والحيازة . (ثانيا) التصرفات القانونية ، وتتفرع إلى تصرف صادر من الجانبين وهو العقد ، وتصرف صادر من جانب واحد وهو الوصية[1] .

---

(١) وهذا الترتيب العلمى تظهر فيه مزيتان متصلتان بأسباب كسب الحقوق العينية :

(الأولى) أنه يفسر مسألة غامضة تتعلق بطبيعة الشفعة وبطبيعة الحيازة . فكثيراً ما يناقش =

١٩ – تطبيق الترتيب العلمي على مصادر الالتزام : ومصادر الالتزام أيضا هي : (أولا) الوقائع المادية . وهذه إما أن تكون وقائع طبيعية كالجوار والقرابة، ويرتب عليها القانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي . ولذلك يصح إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة فيكون هو

= الفقهاء هل الشفعة حق عيني أو هي حق شخصي ، كما يناقشون طبيعة الحيازة وهل هي حق عيني . ونحن لا نتردد في الإجابة على هذا بما قدمناه . فلا الشفعة ولا الحيازة بحق عيني أو بحق شخصي . بل هما واقعتان قانونيتان تدخلان في أسباب كسب الملكية ، فهما إذن ليسا حقاً بل هما مصدر للحق .

(والثانية) أن هذا الترتيب يزيل لبساً نشأ من عدم الدقة في تعريف الواقعة المادية والتصرف القانوني . فقد جرى الفقهاء على تعريف الواقعة المادية بأنها واقعة لا يقصد بها صاحبها النتيجة القانونية التي تترتب عليها ، أما التصرف القانوني فواقعة يقصد صاحبها نتيجتها القانونية . فإذا سلمنا بهذا التعريف ، تساءلنا أين إذن نضع الاستيلاء والحيازة ؟ أنضعهما ، طبقاً للتعريف المتقدم ، في التصرفات القانونية لأن القائم بهما يقصد مايترتب عليهما من النتائج ! ولكن القول بذلك يخالف المعقول ، فمن غير الممكن التسليم بأن الاستيلاء والحيازة من التصرفات القانونية . لذلك يخرجهما بعض الفقهاء من دائرة هذه التصرفات بتعليلات مشكوك في وجاهتها (ديموج ١ ص ١٢ – ص ٢٦) . ولاشك في أن الاستيلاء والحيازة هما من الوقائع المادية . لذلك وجب أن نصحح تعريف الواقعة المادية والتصرف القانوني . فالأولى هي عمل مادي تترتب عليه نتيجة قانونية ، سواء أرادها الإنسان أولم يردها . فالعمل غير المشروع هو عمل مادي اختياري لا يريد صاحبه ما يترتب من النتائج القانونية ، والاستيلاء عمل مادي اختياري يريد صاحبه هذه النتائج ، والالتصاق والفضالة من الأعمال المادية الاختيارية التي قد يريد صاحبها نتائجها القانونية وقد لا يريدها . أما التصرف القانوني فهو إرادة محضة تتجه لإحداث نتيجة قانونية معينة . فالذي يميز ما بين الواقعة المادية والتصرف القانوني ليس هو ، كما يظن الكثيرون . أن الواقعة المادية لا تقصد نتيجتها القانونية والتصرف القانوني تقصد منه هذه النتيجة ، ولكن المميز هو أن الواقعة المادية إنما هي عمل مادي ، والتصرف القانوني إنما هو مجرد إرادة تتجه لإحداث أثر قانوني .

على أنه يمكن تمييز طائفة ثالثة من الوقائع القانونية تصح تسميتها بالوقائع المركبة والوقائع المختلطة . فإذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وتصرف قانوني ، كانت مركبة **(complexe)** . مثل ذلك الشفعة ، اقترن فيها بيع العين المشفوع فيها بالشيوع أو بالجوار وكل ذلك واقعة مادية ، ثم ينضاف إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني . أما إذا كانت الواقعة القانونية شيئاً واحداً ولكن اختلط فيه العنصر المادي بعنصر الإرادة ، كانت الواقعة مختلطة **(mixte)** . مثل ذلك الاستيلاء ، اختلطت فيه الحيازة المادية بإرادة المستولي في أن يتملك في الحال . ولكن العنصر المادي هنا هو المتغلب . ومثل ذلك أيضاً الوفاء ، اختلط فيه تسليم الشيء الواجب الأداء وهو عنصر مادي ، بالاتفاق على انقضاء الدين وهو عنصر إرادي ، ولكن العنصر الإرادي هنا هو المتغلب . ومن ثم يلحق الاستيلاء بالوقائع المادية ، ويلحق الوفاء بالتصرفات القانونية .

مصدرها . أو أن تكون أعمالا مادية . وهى قسمان . القسم الأول أعمال غير مشروعة تصدر من المدين فتفقر الدائن ، فيلتزم المدين بالتعويض ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الضار . والقسم الثانى أعمال مشروعة تغنى المدين على حساب الدائن ، فيلتزم المدين بأن يرد ما أثرى به ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل النافع . (ثانيا) التصرفات القانونية ، وهى إما أن تكون صادرة من الجانبين وهذا هو العقد ، أو أن تكون صادرة من جانب واحد وهذه هى الإرادة المنفردة .

٢٠ — خطة البحث : ونرجع بعد ذلك إلى الترتيب العملى الحديث لمصادر الالتزام ، وهو الترتيب الذى أخذ به التقنين المدنى الجديد ، بعد أن بينا على أى أساس علمى يقوم . فمصادر الالتزام هى العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . ولما كانت الإرادة المنفردة فى التقنين الجديد ليست مصدراً عاما للالتزام بل هى فرع عن القانون[1] ، فنجعل بحثنا فى مصادر الالتزام يتناول المصادر الأربعة الآتية على التعاقب : (١) العقد (٢) العمل غير المشروع (٣) الإثراء بلا سبب (٤) القانون .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦ فى الهامش .

الباب الأول

العقـــد

(Le contrat)

تمهيد

٢١ — **مسائل ثلاث** : نمهد للكلام في العقد بكلمات ثلاث : إحداها في تعريف العقد ، والثانية في مبدأ سلطان الإرادة ، والثالثة في تقسيم العقود .

§ ١ — تعريف العقد

٢٢ — **عدم التمييز بين الاتفاق والعقد** : يميز بعض الفقهاء بين الاتفاق (convention) والعقد (contrat) . فالاتفاق توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . فعقد البيع الذي ينشئ التزامات في جانب كل من المتبايعين ، والحوالة التي تنقل الالتزام من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين ، والاتفاق على إضافة أجل أو شرط إلى الالتزام وهو اتفاق يعدل هذا الالتزام ، والوفاء وهو اتفاق على إنهاء الالتزام ، كل هذه الصور المختلفة تندرج تحت لفظ «الاتفاق» . أما العقد فهو أخص من الاتفاق ، إذ هو توافق إرادتين على إنشاء التزام ، ومن ثم يكون البيع وحده من بين الصور المختلفة التي قدمناها للاتفاق هو العقد ، لأنه ينشئ التزامات لم تكن موجودة من قبل . ويكون كل من الحوالة وإضافة الأجل أو الشرط والوفاء اتفاقا لا عقدا ، لأن كلا منها يرد على التزام موجود من قبل ، فينقله أو يعدله أو ينهيه . وعلى أساس هذا التمييز يكون العقد وحده هو مصدر الالتزام لأنه ينشئه ، أما ما عدا العقد من الاتفاقات فليس مصدراً للالتزام.
ولكن أكثر الفقهاء لا يرون أهمية لهذا التمييز بين الاتفاق والعقد[1] ، فيطلقون

---

(١) وإذا كان الفقهاء الذين يقولون بالتمييز يرون أهمية له من حيث الأهلية ، فهى =

لفظ العقد على أي اتفاق ولو كان ينقل الالتزام أو يعدله أو ينهيه . ولا يقصرون العقد على الاتفاق الذي ينشئ الالتزام ، ومن ثم يكون الاتفاق والعقد لفظين مترادفين . ويمكن على هذا الوجه تعريف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه(١) .

٢٣ — وجوب الاتفاق على إحداث أثر قانوني : والمهم في العقد أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني ، فإذا لم يكن المقصود إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد . مثل ذلك أن يدعو شخص آخر إلى وليمة ، أو يتبرع صديق لصديقه بتقديم خدمة مجانية ، أو يعد أب ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان ، ففي هذه الأمثلة جميعاً لم يقصد الطرفان إحداث أثر قانوني وقد بقيا في نطاق المجاملات الاجتماعية ، من ثم لا يكون هناك عقد ينشئ في جانب المتعهد التزاماً قانونياً(٢) .

٢٤ — تحديد منطقة العقد : وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقداً ، بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية .

= تختلف في العقد عنها في الاتفاق ، فإنه يلاحظ على هذا الرأي أن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها ، فهي في عقود التبرع مثلا غيرها في عقود المعاوضة ، ومع ذلك لم يقل أحد إن هناك فرقاً بين الهبة والبيع من حيث أن كلا منهما عقد لمجرد أن الأهلية تختلف في أحدهما عنها في الآخر .

(١) وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق ، فكانت المادة ١٢٢ من هذا المشروع تنص على أن « العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها » . وقد قصد من إيراد هذا التعريف في المشروع نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً ، كما صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠ في الهامش) . وإذا كان هذا التعريف قد حذف في المشروع النهائي ، فإن هذا الحذف لا يعني عدولا عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل كان الحذف مجاراة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ في الهامش وص ٩ في الهامش) .

(٢) ولكن قد يكون تقديم الطعام أو التبرع بخدمة مجانية أو إجازة الأب لابنه التزاماً قانونياً إذا قصد ذلك . فإذا اتفقت شركة مع مستخدم عندها على أن تقدم له الغذاء في أثناء عمله في جهة نائية . أو تعهد صاحب الفندق بأن يقدم الطعام للنزيل . فهذا التعهد التزام قانوني ذو أثر ملزم . وإذا تعهد طبيب أن يعالج فقيراً دون أجر ، التزم قانونا بذلك . وإذا عمل الولد أجيراً عند أبيه التزم الأب قانوناً بالأجر . وإذا وعد شخص بجائزة لمن يقدم خير تصميم لمبنى يريد إقامته ففاز ابنه المهندس بالجائزة التزم الأب قانونا بإعطائها إياه .

فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة ، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه ، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف . ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً ، إذ هي تقع في نطاق القانون العام : الدولي والدستوري والإداري . والزواج اتفاق بين الزوجين ، والتبني في الشرائع التي تجيزه اتفاق بين الوالد المتبني والولد المتبنى . ولكن هذه الاتفاقات لا تدعى عقودا وإن وقعت في نطاق القانون الخاص . لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية .

فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد ، كالبيع والإيجار والقرض والعارية والوكالة .

§ ٢ – مبدأ سلطان الإرادة(*)

(autonomie de la volonté)

٢٥ – عرض عام للمبدأ : يذهب أنصار هذا المذهب إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير عقدية . وعندهم أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد ، فهو الغاية ولخدمته يسخر المجموع . والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، بل إن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة . لذلك كان من الواجب أن تكون روابط الفرد بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة ، فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً . وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين .

(*) مراجع : ريبير في القاعدة الأدبية – ديجيه في التطورات العامة للقانون الخاص ص ٥١ وص ٨٣ ومابعدها – بنكاز تكملة بودري ٢ فقرة ٣٨٣ ومابعدها – باوند (Pound) مقدمة لفلسفة القانون لندن سنة ١٩٢٢ – تارد في تطورات القانون .

رسائل : ديريه (Dereux) في تفسير التصرفات القانونية في القانون الخاص باريس سنة ١٩٠٥ جونو (Gounot) في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص ديجون سنة ١٩١٢ – أحمد ماهر في مبدأ سلطان الإرادة الفردية بالنسبة إلى التعديلات التي تطرأ على العقود مونبلييه سنة ١٩١٣ – دورموسيو (Dourmoussio) في مبدأ حرية التعاقد في القوانين الغربية وفي الشريعة الإسلامية – بونسو (Ponceau) في الإرادة في العقود طبقاً للقانون المدني ليون سنة ١٩٢١ – إدمون ساليه (Edmond Sallé) في التطور الفني للعقد باريس سنة ١٩٣٠ .

هذا المبدأ كان له حظ كبير من الأثر فى القانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردى على أثر تطور النظم الاقتصادية . ولكن استمرار هذه النظم فى التطور ، وظهور الصناعات الكبيرة ، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ، مهد للمذاهب الاشتراكية سبل الانتشار ، فقامت هذه المذاهب معارضة للمذاهب الفردية ، وكان من ذلك أن انتكص مبدأ سلطان الإرادة ، وجعل خصومه يمعنون فى نقده ، إلى أن قام أخيراً فريق من المعتدلين يضعون الأمور فى حدودها المعقولة .

فنحن نتابع فى بحثنا هذه المراحل الأربع ، فنرى كيف نشأ هذا المذهب ، وما بلغ إليه من المدى عند بلوغه ذروته ، وكيف رجع القهقرى بعد ذلك ، ثم كيف وضع الأمر فى نصابه المعقول[١] .

٢٦ — المرحلة الأولى — كيف نشأ مذهب سلطان الإرادة : لم يعترف القانون الرومانى فى أى عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملا . بدأت العقود فيه تكون شكلية ، تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة . أما مجرد توافق إرادتين (nudum pactum) ، فلا يكوّن عقداً ولا ينشئ التزاماً . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت ، وتعقدت سبل الحياة ، فكان من ذلك توزيع العمل ، والحاجة إلى كثرة التبادل ، ووجوب السرعة فى المعاملات . واقترن هذا كله بتقدم فى التفكير القانونى أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة فى العقد ، وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانونى . ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجودا بمجرد توافق الإرادتين ، والشكل ليس إلا سبباً قانونياً للالتزام ، وقد توجد أسباب غيره . ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية[٢]

---

(١) ولا نزعم بذكر هذه المراحل أنها تحققت فعلا فى التاريخ ، وإلا فإن سلطان الإرادة الكامل لم يتحقق فى أية مرحلة منها على النحو الذى يصفه أنصار المبدأ المتطرفون . وإنما نعنى أن هناك تطوراً فى منحى التفكير الاجتماعى ، نقسمه إلى مراحل توخيا للإيضاح فى بسط هذه الآراء . ونحن فى ذلك لا نؤرخ وقائع اجتماعية ، بل نتابع تطور نظريات ومذاهب .

(٢) وهى عقد القرض الشكلى (nexum) والعقود الكتابية (litteris) والعقود اللفظية (verbis) .

العقود العينية[١] ، ثم العقود الرضائية[٢] ، ثم العقود غير المسماة[٣] . وانتصر مبدأ سلطان الإرادة فى دائرة العقود الرضائية ، وانتصر بعد ذلك فى بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريطورية (pactes prétoriens) والعقود الشرعية[٤] (pactes légitimes) . ولكن القانون الرومانى لم يقر فى أية مرحلة من مراحله مبدأ سلطان الإرادة فى العقود بوجه عام .

أما فى العصور الوسطى ، فلم تنقطع الشكلية فى العقود إلا تدرجاً ، وقد استمرت فى أوضاعها السابقة إلى نهاية القرن الثانى عشر ، ثم أخذت تتحور متجهة إلى التناقص . وأخذت الإرادة يقوى أثرها فى تكوين العقد شيئا فشيئا ، وساعد على هذا التطور عوامل أربعة : (١) تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة : فكان المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده ولو لم يفرغه فى شكل مخصوص ، عد الحنث باليمين خطيئة يعاقب عليها ، بل كان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية . وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدنى ، حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى أمام المحاكم الكنسية . (٢) إحياء القانون الرومانى والتأثر به : ونحن نعلم أن القانون الرومانى كان قد وصل فى تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بمختلف عقوده الملزمة ، وتوسع الفقهاء فى تفسير هذا الاتجاه ، وفهموا خطأ أن القانون الرومانى يقر مبدأ سلطان الإرادة . فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ ، وأصبحت القاعدة فى القانون الفرنسى القديم هى ما كان استثناء فى القانون الرومانى . (٣) العوامل الاقتصادية : وذلك بعد أن زاد النشاط التجارى وقويت حركة التعامل ، فاقتضى الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال . فكانت المحاكم التجارية الإيطالية فى القرن الرابع عشر تقضى طبقا لقواعد العدالة ، والعدالة لا تميز بين العقد الشكلى ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام . (٤) العوامل السياسية : وكان ذلك عن طريق التدرج فى بسط نفوذ الدولة وتدخلها شيئا فشيئا فى الروابط

---

(١) ولا تتم إلا بالتسليم ، وهى القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة .

(٢) وتتم بمجرد تطابق الإيجاب والقبول ، وهى البيع والإيجار والشركة والوكالة .

(٣) وتتم بتنفيذ أحد الطرفين لالتزامه ، وهى المقايضة والقسمة والصلح .

(٤) وهما عقد الهبة وعقد المهر .

القانونية بين الأفراد ، والأخذ فى حماية العقود التى تتم بمجرد الاتفاق . وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة ، وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقا فى الفطرية والسذاجة .

وما جاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقرراً . وما كاد أثر الدين يضعف حتى حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية ، وكلها مشبعة بروح الفردية ، وقد بلغت أوجها فى القرن الثامن عشر ، وهى تشيد بوجود قانون طبيعى مبنى على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما فى الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية . وقد قام الفزيوقراطيون (physiocrates) ينادون بالحرية الاقتصادية قانونا طبيعياً ، ويذهبون إلى أنه يجب أن تترك الناس أحرارا فى نشاطهم الاقتصادى (laisser faire, laisser passer) ، وأن تفتح أبواب المنافسة بينهم ؛ فلا تلبث الأمور أن تستقر ، وتتحدد الأسعار عن طريق العرض والطلب لا عن طريق تحكمى يمليه المشرع . ومعنى هذا أن الإرادة وحدها هى التى يجب أن تسيطر فى الميدان الاقتصادى ، وأن العقود لا يجوز أن تخضع فى تكوينها وفى الآثار التى تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين . وصحب هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية وسياسية حمل لواءها روسو فى كتابه المعروف بالعقد الاجتماعى ، فكانت حرية الفرد واستقلال إرادته هما المحور الذى يدور عليه تفكير ذلك العصر . وقد تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها ، وسلمتها إلى المشرعين فى أوائل القرن التاسع عشر ، فوضع تقنين نابليون على أساس تقديس حرية الفرد والإمعان فى احترام إرادته .

٢٧ — المرحلة الثانية — مدى ما وصل إليه مذهب سلطان الإرادة : استقر هذا المبدأ وصار دعامة ترتكز عليها النظريات القانونية . وهو بعد أن تمشى فيه المنطق القانونى أصبح يشتمل على أصلين .

(الأصل الأول) أن كل الالتزامات ، بل كل النظم القانونية ، ترجع فى مصدرها إلى الإرادة الحرة . فالإرادة الحرة هى التى تهيمن على جميع مصادر الالتزام . وهذه الإرادة تتجلى قوية فى العقد ، إذ العقد يرتكز فى الإرادة . وشبه العقد مبنى على إرادة مفروضة . والجريمة وشبه الجريمة مردهما إلى الإرادة

الحرة . والقانون نفسه إذا رتب التزاما فإنما يفترض أن المدين نفسه قد ارتضاه في ذمته التزاما . وليس سلطان الإرادة مقصورا على إنشاء الالتزامات وحدها ، بل هو أيضاً ينشئ كل الحقوق الأخرى . فالملكية مبنية على حرية الإرادة ، بل هي الحرية في مظهرها الملموس المادى . وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج ، أي على الإرادة . والميراث مبنى على وصية مفروضة . بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا فى الإرادة ، فالمجرم الذى خرج على المجتمع قد ارتضى مقدماً أن يناله الجزاء ، إذ القانون ليس إلا وليد الإرادة ارتضاه الناس بأنفسهم أو بممثليهم. والمجتمع البشرى نفسه ، أليست دعامته هذا العقد الاجتماعى الذى نادى به روسو ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين !

(والأصل الثانى) أن الإرادة ليست فحسب مصدر الالتزام ، بل هى أيضاً التى ترتب آثاره . ولهذا الأصل ناحيتان : الناحية الأولى أن كل ما ارتضاه الملتزم دينا فى ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره ، فلا يصح أن يحد من أثر العقد قواعد العدالة والنظام العام إلا فى حدود ضيقة . والناحية الثانية أن العقد ، وقد تم بتوافق إرادتين ، لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين . فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله ، ولا يجوز للقاضى نفسه بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه أو أن يضيف إليه ما ليس منه .

٢٨ — المرحلة الثالثة — انتقاص مذهب سلطان الإرادة (نقد المذهب) : إذا أرجعنا انتصار مذهب سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية وهى العوامل التى أدت إلى انتشار روح الفردية فى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت ، وقامت الصناعات الكبيرة ونظمت طبقة العمال ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها فى وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كان من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة فيكون هذا المذهب قد قام على أساس اقتصادى وانتكص متأثرا بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تفنيد النتائج التى وصل إليها أنصاره ، فيقولون إن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق من نواحٍ ووهم من نواحٍ أخرى. فالالتزامات العقدية ذاتها لا تستند إلى محض الإرادة ، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار فى التعامل تستند إليها قوة الإلزام فى العقود . وقد

تبين أن ما يسمى بشبه العقد لا يشبه العقد فى شىء من حيث استناده إلى الإرادة . كما أن الجريمة وشبه الجريمة إنما يترتب الالتزام فيهما على عكس مقتضى إرادة من صدر منه العمل غير المشروع . والملكية ليست محض إرادة المالك ، بل إن هذه الإرادة يرد عليها قيود متعددة ترجع إلى التضامن الاجتماعى . وليس الميراث وصية مفترضة ، فإن الميراث سبق الوصية فى التطور التاريخى ، وأساسه اشتراك الأسرة فى ملكية الأموال . أرأيت لو كان المورث طفلا أو مجنونا ، أكان يصح الزعم بأن ميراثه وصية مفترضة وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة ! كذلك روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج ، فإن هذا العقد إنما وضع الزوجين فى مركز قانونى نظمه المشرع نفسه وفقا لصالح المجتمع وصالح الأسرة ، ولا دخل لإرادة الزوجين فى ذلك . أما القول بأن المجرم قد ارتضى توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى التهكم منه إلى الحقيقة ، إنما العقوبة ترجع فى مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المجرم فيها .

٢٩ — المرحلة الرابعة — وضع الأمور فى نصابها — إلى أى حد تسيطر الإرادة على العقود : تبين من نقد مذهب سلطان الإرادة أن الخطأ الذى وقع فيه أنصار هذا المذهب هو اتخاذه مبدأ مطلقا فى جميع نواحى القانون . وهذه المبالغة كانت سبباً فى مبالغة تعارضها . وقام خصوم المذهب هم أيضاً يقولون بنبذه مرة واحدة . وبين الإمعان فى إطلاق المذهب إلى أبعد مدى والمبالغة فى رده إلى أضيق الحدود ، وجد المعتدلون فى العصر الحاضر مجالا لوضع الأمور فى نصابها الصحيح .

فالإرادة لا سلطان لها فى دائرة القانون العام . والروابط الاجتماعية التى تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد .

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود . فعقد الزواج ، وهو الأساس الذى ترتكز عليه الأسرة ، مصدره إرادة المتعاقدين ، ولكن الآثار التى تترتب عليه ليست خاضعة للإرادة ، بل ينظمها القانون وفقا لمصلحة الأسرة والمجتمع . وكذلك بقية روابط الأسرة ، لا شأن للإرادة فيها .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال ، نرى الإرادة فيها تنشط تدرجا . وهى فى الحقوق العينية أضعف نشاطا منها فى الحقوق الشخصية . فإن الحقوق العينية ، وإن كانت الإرادة مصدراً لكثرتها ، حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق جديداً فيها . ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع للإرادة إلا نادراً والقانون هو الذى يتولى فى الغالب تحديد مداها .

ولكن الإرادة فى الحقوق الشخصية لها مجال واسع . فهى مصدر الكثير من الحقوق . وهى التى ترتب آثارها . ومع ذلك لا تجوز المبالغة فى أهمية الإرادة حتى فى الحقوق الشخصية ، فإنها إذا كانت من أهم المصادر لهذه الحقوق ، فذلك لا يمنع من أن يكون بجانبها مصادر أخرى قد تعدلها فى الأهمية كالعمل غير المشروع . أو تقرب منها كالإثراء بلا سبب .

وإذا خلصنا إلى الالتزامات العقدية . وجدنا الإرادة تجول فى هذا الميدان أوسع ما تكون خطى وأبعد ما تكون مدى . ولكن حتى هنا . إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث أنها ترتب آثار الالتزامات العقدية . وجدنا أنها محدودة فى ذلك بقيود النظام العام . وبالقيود التى ترجع إلى الاستقرار فى التعامل . وبالقيود التى ترجع إلى حماية الجانب الضعيف كما نرى فى عقد العمل وفى عقود الإذعان وفى نظرية الاستغلال وفى نظرية الظروف الطارئة . ثم إن الإرادة . من حيث أنها تنشئ الالتزام . لا تزال خاضعة للشكلية فى بعض العقود ، ولقواعد الشهر حماية للغير حسن النية ، ولقواعد الإثبات وهى قواعد من شأنها أن تقيد سلطان الإرادة من الناحية العملية .

هذه هى الحدود التى رسمها القانون . فى الوقت الحاضر . ميدانا لسلطان الإرادة . فهو يعترف بهذا السلطان ، ولكن يحصره فى دائرة معقولة . تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والاستقرار والصالح العام .

§ ٣ – تقسيم العقود

٣٠ — **تقسيمات مختلفة** : يمكن تقسيم العقد تقسيمات عدة ، إذا نظر إليه من وجهات مختلفة .

فالعقد ، من حيث التكوين ، إما أن يكون عقداً رضائياً أو عقداً شكليا أو عقداً عينياً .

وهو ، من حيث الأثر ، إما أن يكون عقداً ملزما للجانبين أو عقداً ملزماً لجانب واحد ، وإما أن يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع .

وهو ، من حيث الموضوع ، إما أن يكون عقداً مسمى أو عقداً غير مسمى ، وإما أن يكون عقداً بسيطاً أو عقدا مختلطا .

وهو ، من حيث الطبيعة ، إما أن يكون عقداً محدداً أو عقداً احتمالياً ، وإما أن يكون عقداً فوريا أو عقدا زمنياً .

١ – العقد الرضائى والعقد الشكلى والعقد العينى

٣١ – العقد الرضائى (contrat consensuel) : هو ما يكفى فى انعقاده تراضى المتعاقدين . فلا حاجة فيه إلى شكل خاص . وأكثر العقود فى القوانين الحديثة عقود رضائية ، وقد تقدم أن القانون لم يبلغ هذه المرحلة طفرة بل تطور إليها تدرجا . ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط فى إثباته ، لا فى انعقاده ، الكتابة . فالكتابة إذا كانت لازمة لإثبات العقد ، فإن العقد غير المكتوب يكون مع ذلك موجودا ، ويجوز إثباته بالإقرار أو اليمين . أما إذا كانت الكتابة ركنا شكليا فى العقد ، فإن العقد غير المكتوب يكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين .

٣٢ – العقد الشكلى (contrat solennel) : هو ما لا يتم بمجرد تراضى المتعاقدين ، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون[1] . وأكثر ما يكون الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد[2] . ولم يبق فى القانون الحديث إلا عدد قليل من العقود الشكلية ، الغرض من استبقاء شكليتها هو فى الغالب تنبيه المتعاقدين إلى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد ، كما فى الهبة والرهن[3] . وتختلف

---

(١) ويجب التمييز بين الشكل والشهر (كالتسجيل والقيد) . فهبة العقار غير المسجلة هبة موجودة ولكنها لا تنقل الملكية ولا يحتج بها على الغير . أما الهبة التى لم تفرغ فى الشكل المطلوب فهبة غير موجودة أصلا .

(٢) وقد يكتفى القانون بالورقة العرفية كما فى عقد الشركة المدنية (م ٥٠٧ مدنى) وعقد إنشاء ملكية الأسرة (م ٨٥١ مدنى) وعقد ترتيب إيراد مدى الحياة (م ٧٤٣ مدنى) .

(٣) ومن العقود الشكلية أيضاً عقد الشركة التجارية وعقد التأمين البحرى وبيع السفينة – وقد يكون العقد رضائياً فى أصله ولكن المتعاقدين يتفقان على أن يكون شكلياً ، أى أن الشكلية =

الشكلية الحديثة عن الشكلية القديمة فى أنها لا تكفى وحدها فى تكوين العقد ، بل لا بد من أن تقترن بإرادة المتعاقدين . فالإرادة هى التى يقع عليها الشكل . أما الشكلية القديمة — كتلك التى كانت معروفة فى القانون الرومانى القديم — فكانت وحدها هى التى تكوّن العقد . لذلك كان لا يجوز الطعن فيها بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية ، فالشكل إذن كان هو العقد لا الإرادة[1] .

٣٣ — العقد العينى (contrat réel) : هو عقد لا يتم بمجرد التراضى ، بل يجب لتمامه فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد . ولا يكاد يوجد فى التقنين المدنى الجديد مثل للعقد العينى إلا هبة المنقول ، فهذه قد تكون عقدا شكليا إذا تمت بورقة رسمية ، وتكون عقداً عينياً إذا تمت بالقبض (م ٤٨٨ مدنى)[2] . أما

= تكون واجبة باتفاق المتعاقدين لا بحكم القانون . مثل ذلك أن يتفق المتعاقدان فى عقد ابتدائى أن يكون التعاقد النهائى بورقة رسمية . أو فى عقد الإيجار أن التنبيه بالإخلاء يكون بالكتابة . فتكون الكتابة فى مثل هذه الحالات ركناً شكليا لا يتم التصرف القانونى إلا باستيفائه . وقد يقصد المتعاقدان من اشتراط الكتابة أن تكون للإثبات لا لانعقاد التصرف . وإذا قام شك فى تفسير قصد المتعاقدين ، ولم توجد قرينة مرجحة ، كان المفروض أن المتعاقدين اشترطا الكتابة للإثبات لا للانعقاد لأن الأصل فى العقد أن يكون رضائيا (استئناف وطنى ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ — استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ — وقارن المادة ١٤٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد وكانت تقضى بأنه عند الشك يفرض أن الكتابة للانعقاد لا للإثبات . وقارن أيضاً المادة ٢٢٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى وتفرض هى أيضاً أن الكتابة للانعقاد لا للإثبات) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استخلص القاضى من الأوراق أن العاقدين لم يجعلا تحرير العقد الرسمى شرطاً لانعقاد البيع ، بل هما علقا عليه انتقال الملكية إلى المشترى ، وبنى ذلك على اعتبارات مقبولة تبرره ، فلا معقب عليه فى ذلك (نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧١ ص ٧٣٨) .

(١) وكل عقد شكلى يكون التوكيل فيه شكليا (م ٧٠٠ مدنى) . وكذلك الوعد بإبرام عقد شكلى يكون شكلياً (م ١٠١/٢ مدنى) ، وإجازة العقد الشكلى تكون شكلية . ويستوفى الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد الشكلى من تعديل ، لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه (انظر م ١٤٨ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد) . فالاتفاق على ترميم منزل بيع بموجب عقد تم بالكتابة ليس إلا شرطاً تكميليا أو تفصيلياً لا حاجة فيه إلى الكتابة ، أما الاتفاق بعد كتابة البيع على إنقاص الثمن أو على زيادته فتعديل فى العقد لا يتم إلا بالكتابة .

(٢) ويجوز الاتفاق على أن عقداً رضائياً فى الأصل يكون عينياً فلا يتم إلا بالتسليم . كما فى عقد التأمين إذا اشترط لتمامه دفع القسط الأول .

التقنين المدنى السابق فكان يسير على نهج التقنين المدنى الفرنسى ، ويجعل إلى جانب هبة المنقول عقوداً عينية أخرى أربعة : القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة . وقد ورث التقنين الفرنسى عينية هذه العقود عن القانون الرومانى دون مبرر ، فقد كانت هذه العينية مفهومة القانون الرومانى حيث كانت العقود فى الأصل شكلية . ثم استغنى عن الشكل بالتسليم فى العقود العينية ، ولم يكن التراضى وحده كافيا لانعقاد العقد إلا فى عدد محصور من العقود سمى بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبح التراضى ، كقاعدة عامة ، كافيا لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتض لإحلال التسليم محل الشكل .

٢ ـ العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

٣٤ — العقد الملزم للجانبين (contrat bilatéral, synallagmatique) : هو العقد الذى ينشئ التزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع فى مقابل أن يلتزم المشترى بدفع الثمن . والظاهرة الجوهرية فى العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

٣٥ — العقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) : هو العقد الذى لا ينشئ التزامات إلا فى جانب أحد المتعاقدين فيكون مدينا غير دائن . ويكون المتعاقد الآخر دائنا غير مدين . مثل ذلك الوديعة غير المأجورة يلتزم بها المودَع عنده نحو المودع بأن يتسلم الشىء المودع وأن يتولى حفظه وأن يرده عينا ، دون أن يلتزم المودع بشىء نحو المودَع عنده . والعقد الملزم لجانب واحد هو عقد ، إذ لا يتم إلا بتوافق إرادتين كسائر العقود . وهذا بخلاف التصرف القانونى الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) ، فإنه يتم بإرادة واحدة ، وذلك كالوصية تتم بإرادة الموصى والوقف يتم بإرادة الواقف(١) .

٣٦ — أهمية هذا التقسيم : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة ترجع إلى أن العقد الملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة مترابطة ، وهذا التقابل والارتباط

---

(١) ويكون التعبير بلفظ « جانب واحد » (unilatéral) إذا اقترن بالعقد يعتبر فيه أثر العقد لا تكوينه . وإذا اقترن بالتصرف القانونى يلحظ فيه تكوين التصرف لا أثره .

(interdépendance) يؤدى إلى نتائج هامة لا نراها فى العقد الملزم لجانب واحد حيث لا يوجد هذا التقابل . ومن بين هذه النتائج :

١ — فى العقد الملزم للجانبين ، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، كان للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد فيتحلل هو الآخر من التزاماته المقابلة . أما فى العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة ، فلا محل لهذا الفسخ ، لأن المقصود منه هو أن يتحلل الطرف الآخر من التزاماته ولا التزام عليه حتى يطلب التحلل منه ، فبقى أن يطلب تنفيذ الالتزام الثابت فى ذمة الطرف الأول[1] .

وفى العقد الملزم للجانبين ، يجوز للمتعاقد الآخر ، بدلا من أن يطلب فسخ العقد ، أن يكتفى بالامتناع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الأول بتنفيذ التزامه هو ، فلا يتحلل المتعاقد الآخر من التزاماته كما فى الفسخ بل يقتصر على وقف تنفيذ هذه الالتزامات ، وهذا ما يسمى بالدفع بعدم تنفيذ العقد . أما فى العقد الملزم لجانب

---

(١) أصبح عقد القرض وعقد العارية وعقد رهن الحيازة ، فى التقنين المدنى الجديد ، عقوداً ملزمة للجانبين بعد أن صارت عقوداً رضائية ، وكانت عينية فى التقنين المدنى السابق كما أسلفنا القول . فالتسليم لم يعد ركناً فى هذه العقود ، بل هو التزام فى ذمة المقرض والمعير والراهن . على أن هذه العقود ، حتى عندما كانت عينية فى التقنين المدنى السابق ، كانت فى رأينا ملزمة للجانبين (نظرية العقد للمؤلف ص ١٣١ هامش رقم ١) . إذ أن كلا من المعير والراهن كان — ولا يزال — ملتزما بترك العين فى يد المتعاقد الآخر إلى الوقت الذى ينتهى فيه العقد . وهذا الالتزام يقابله التزام المتعاقد الآخر بالمحافظة على العين . فإذا أخل هذا بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر فسخ العقد واسترداد العين . وفى عقد القرض يلتزم المقرض بعدم استرداد مثل ما أقرضه إلا بعد نهاية القرض ، وهذا الالتزام قد يقابله التزام المقترض بدفع الفوائد المشترطة . فإذا أخل هذا بالتزامه ، جاز للمقرض فسخ القرض واسترداد ما أقرض .

وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تنطبق على هذه العقود . ثم لا نكون فى حاجة إلى القول مع بعض الفقهاء بأن قاعدة الفسخ تنطبق على العقود الملزمة لجانب واحد كما تنطبق على العقود الملزمة للجانبين . ولا إلى مسايرة فقهاء آخرين فى تسمية الفسخ فى هذه العقود بالإسقاط **(decheance)** . بل يبقى الفسخ على طبيعته ، ويقتصر على العقود الملزمة للجانبين ومنها العقود التى نحن بصددها . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الفسخ (انظر مايلى فقرة ٤٩٥ فى الهامش — وانظر من هذا الرأى سليمان مرقس فى نظرية العقد فقرة ٣٣٤) .

ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم فى هذه العقود الثلاثة التزاماً لا ركناً ، وذلك لأن كلا من المقرض والمعير والراهن إذا فسخ العقد ، فى حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه ، فإنه لا يتحلل بذلك من الالتزام بالتسليم ، بل من الالتزام بترك الشىء إلى نهاية العقد .

واحد ، فلا محل لهذا الدفع ، لأن المتعاقد الآخر لم يتعلق فى ذمته التزام حتى يقف تنفيذه .

٢ — فى العقد الملزم للجانبين ، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مستحيلا لسبب أجنبى ، بأن هلك المبيع قبل التسليم مثلا فاستحال تنفيذ التزام البائع ، فإن العقد ينفسخ ، فيتحلل المشترى من التزامه بدفع الثمن ، ويتحمل تبعة الهلاك المتعاقد الذى أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا . أما فى العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة ، فإنه إذا استحال تنفيذ التزام المودع عنده بأن هلك الشىء المودع بسبب أجنبى ، انقضى هذا الالتزام ، وتحمل تبعة الهلاك المتعاقد الآخر وهو المودع ، إذ ليس فى ذمته التزام مقابل يتحلل منه .

٣ — فى العقد الملزم للجانبين ، يعتبر التزام أحد المتعاقدين سببا (cause) لالتزام المتعاقد الآخر ، وفقا للنظر التقليدية فى السبب ، وذلك للتقابل القائم ما بين الالتزامين . أما فى العقد الملزم لجانب واحد ، فلا يوجد التزام مقابل يمكن اعتباره سببا .

---

(١) وكان القانون الرومانى يعرف نوعا من العقود هو وسط بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد ، وكان يسمى بالعقد الملزم للجانبين غير التام (contrat synallagmatique imparfait) . وهو عقد ملزم فى الأصل لجانب واحد ، ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد بسبب غير العقد ، وذلك كالوديعة إذا التزم المودع برد المصروفات الضرورية التى أنفقت فى حفظ الشىء من الهلاك أو بتعويض المودع عنده عن الضرر بسبب الشىء المودع . والصحيح أن العقد الملزم للجانبين غير التام إنما هو عقد ملزم لجانب واحد ، وماعسى أن ينشأ من التزام بعد ذلك فى جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هو التزام مصدره سبب آخر : العمل غير المشروع فى حالة التعويض عن الضرر ، والإثراء بلا سبب فى حالة رد المصروفات الضرورية . ولقد كان هذا التقسيم مفهوماً فى القانون الرومانى لأن العقود الملزمة للجانبين وحدها هى التى كانت تعتبر فى هذا القانون عقوداً يجب توافر حسن النية فى تنفيذها (contrats de bonne foi) ، أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً حرفية التنفيذ (contrats de droit strict) . فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ، ولو على نحو غير تام ، حتى يتيسر اشتراط حسن النية فى التنفيذ . ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة فى القانون الحديث ، وأصبحت كل العقود ، سواء كانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد ، يجب أن يتوافر فى تنفيذها حسن النية . فلم تعد هناك فائدة فى أن تتسم العقود الملزمة لجانب واحد بسمة العقود الملزمة للجانبين .

على أن العقد الملزم لجانب واحد قد يصبح عقداً ملزماً للجانبين إذا أضيف إليه عنصر يجعله كذلك . فكل من الهبة والوديعة فى الأصل عقد ملزم لجانب واحد ، ولكن إذا كانت الهبة بعوض أو الوديعة بأجر أصبح العقد ملزماً للجانبين .

٣ ـ عقد المعاوضة وعقد التبرع

٣٧ — عقد المعاوضة (contrat à titre onéreux) : هو العقد الذى يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه . فالبيع عقد معاوضة بالنسبة إلى البائع لأنه يأخذ الثمن فى مقابل إعطاء المبيع ، وبالنسبة إلى المشترى لأنه يأخذ المبيع فى مقابل إعطاء الثمن . وليس من الضرورى أن يأخذ المتعاقد المقابل من المتعاقد الآخر . وهذا ما يميز عقد المعاوضة عن العقد الملزم للجانبين . فعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن المكفول ، لأنه أخذ كفالة من المتعاقد الآخر وهو الكفيل فى مقابل إعطاء الدين لا للكفيل بل للمدين وهو ليس بطرف فى عقد الكفالة . أما بالنسبة إلى الكفيل فعقد الكفالة يكون تبرعا إذا لم يأخذ أجراً على كفالته ، إذ يكون قد أعطى دون أن يأخذ[١] . ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، وتبرعا بالنسبة إلى المتعاقد الآخر .

٣٨ — عقد التبرع (contrat à titre gratuit) : هو العقد الذى لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه أو لا يعطى مقابلا لما أخذه . فالعارية عقد تبرع بالنسبة إلى المعير لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير فى مقابل الشيء المعار ، وبالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطى شيئاً للمعير فى مقابل الشيء المعار . وكذلك الهبة دون عوض والقرض والوديعة والوكالة إذا كانت العقود الثلاثة الأخيرة دون مقابل . كلها عقود تبرع على النحو الذى قدمناه[٢] . ومن ذلك يتبين أن العقود الملزمة للجانبين بعضها معاوضة كالإيجار ، وبعضها تبرع كالعارية . كذلك العقود الملزمة لجانب واحد

---

(١) أما إذا أخذ الكفيل أجراً على كفالته من المدين ، كانت الكفالة معاوضة من الجانبين ، من جانب الدائن لأنه أعطى الدين لغير المتعاقد معه وهو المدين فى مقابل أخذ الكفالة من المتعاقد معه وهو الكفيل ، ومن جانب الكفيل لأنه أعطى الكفالة للمتعاقد معه وهو الدائن فى مقابل أخذ الأجر من غير المتعاقد معه وهو المدين .

(٢) ومن المفيد أن نميز فى عقود التبرع بين عقود التفضل **(actes de bienfaisance)** والهبات **(actes de libéralité)** . فعقود التفضل يولى المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله ، كالعارية فإن المعير يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرج عن ملكيتها ، وكالوديعة فإن المودع عنده يتبرع بعمله لا بماله . أما الهبات فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله ، كالهبة يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب . فالهبات إذن أشد خطراً من عقود التفضل ، ولذلك اشترط القانون فى الهبة شكلا خاصاً .

بعضها تبرع كالوديعة دون أجر ، وبعضها معاوضة كالكفالة إذا أخذ الكفيل من المدين أجراً على كفالته إياه .

٣٩ — أهمية هذا التقسيم : والتمييز بين عقد التبرع وعقد المعاوضة له نتائج هامة نذكر منها :

١ — مسئولية المتبرع أخف عادة من مسئولية المعاوض . فمسئولية المودَع عنده أيسر من مسئولية المستأجر . كما أن مسئولية المتبرع له أشد عادة من مسئولية المعاوض . فمسئولية المستعير أشد من مسئولية المستأجر . فهذه العقود الثلاثة — الوديعة والإيجار والعارية — تتفاوت فيها مسئولية المتعاقدين قوة وضعفا ، وتتدرج من الضعف إلى القوة طبقا لما إذا كان المتعاقد يتبرع كالمودَع عنده ، أو يعاوض كالمستأجر ، أو يتلقى التبرع كالمستعير .

٢ — ضمان المتبرع أخف من ضمان المعاوض . فني الهبة لا يضمن الواهب الاستحقاق ولا العيب إلا إذا أخفى سببه أو قصد ضمانه أو كانت الهبة بعوض . أما في البيع فيضمن البائع عادة الاستحقاق والعيب . حتى لو كان حسن النية لا يعلم بسبب الاستحقاق ولا بوجود العيب .

٣ — الغلط في الشخص يؤثر في عقود التبرع ، وهو لا يؤثر في عقود المعاوضة إلا إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار كما في الشركة والمزارعة .

٤ — يجوز الطعن بالدعوى البولصية في عقود التبرع دون حاجة إلى إثبات سوء نية المتعاقدين . فإذا وهب المدين المعسر شخصا آخر شيئاً من ماله جاز للدائن الطعن في الهبة ولو كان كل من الواهب والموهوب له حسن النية . أما في عقود المعاوضة كالبيع . فلا بد من إثبات تواطؤ البائع مع المشترى .

٤ — العقد المسمى والعقد غير المسمى

٤٠ — العقد المسمى (contrat nommé) : هو ما خصصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه بنصوص تشريعية لشيوعه بين الناس في التعامل . والعقود المسماة في التقنين المدني الجديد إما أن تقع على الملكية وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، أو تقع على المنفعة وهي الإيجار والعارية ، أو تقع على العمل وهي المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة

والوديعة والحراسة ؛ ويضاف إلى ذلك عقود الغرر وهى المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين ، ثم عقود التأمينات الشخصية والعينية وهى الكفالة والرهن الرسمى ورهن الحيازة .

ويلاحظ أن العقد المسمى ، فى غير النصوص الخاصة التى تولت تنظيمه ، يخضع للقواعد العامة التى يخضع لها سائر العقود .

٤١ — **العقد غير المسمى** (contrat innommé) : هو ما لم يخصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه ، فيخضع للقواعد العامة التى تقررت لجميع العقود ، وذلك لأنه أقل شيوعا فى التعامل من العقد المسمى[1] . وتتفاوت التقنينات فيما تخصه من العقود بتسمية وتفصل أحكامه . وقد كان التقنين المدنى السابق لا ينظم عقد التزام المرافق العامة ولا المقامرة ولا الرهان ولا عقد التأمين ، وكان يقتضب اقتضابا مخلا تنظيم عقود المقاولة والعمل والحراسة ، فعالج التقنين المدنى الجديد كل ذلك . ولا زالت هناك عقود غير مسماة كثر شيوعها فى التعامل فصارت صالحة لأن تنظم وتصبح عقودا مسماة ، كعقد النشر وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة وعقد النزول فى الفندق .

ومن الأمثلة على العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه وأن ينفق على هـذا العمل فى نظير جزء من الميراث

---

(١) وقد كان للعقود غير المسماة فى القانون الرومانى شأن آخر . فقد كان هذا القانون لا يعترف — فيما خلا العقود الشكلية — إلا بعقود محصورة العدد، بعضها رضائى ، وبعضها عينى ، وبعضها اتفاقات يجعل لها قوة العقود . ومن هذه الاتفاقات عقود اعترف بها تدرجاً بعد تطور طويل . وهى العقود غير المسماة . وكانت عقوداً لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر . وتنقسم إلى أقسام أربعة : (ا) عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عينى فيتولد فى جانب الطرف الآخر التزام بنقل حق عينى كذلك **(do ut des)**، مثل ذلك المقايضة . (ب) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عينى فيلتزم الطرف الآخر بعمل شىء **(do ut facias)** ، مثل ذلك الهبة بعوض . (ج) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شىء فيلتزم الطرف الآخر بعمل شىء مقابل **(facio ut facias)** ، مثل ذلك أن يسلم شخص حيازة شىء لآخر فيلتزم الآخر برد الحيازة عند أول طلب **(convention de précaire)** . (د) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شىء فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عينى **(facio ut des)**، مثل ذلك عقد المحاسبة **(aestimatum)** يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا باعها بأن يدفع ثمنها المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها ، وهو عقد يدور بين البيع والعمل والوكالة .

(contrat de révélation de succession) ، والعقد بين مدير المسرح والنظارة . واتفاق إدارة أحد المستشفيات مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة بعض الأسرّة تستخدم للتعليم الطبي . والعقد بين المصور أو الرسام مع الشخص الذي يصوره أو يرسمه . واتفاق التاجر مع صاحب مصرف على أن يقدم له معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر . واتفاق شخص مع آخر على أن يبيع الأول شيئاً مملوكاً للثاني وأن يعجل له مبلغاً معيناً وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يقاسمه إياه ، كل هذه عقود غير مسماة(١) .

٥ – العقد البسيط والعقد المختلط

٤٢ – العقد البسيط (contrat simple) : هو ما اقتصر على عقد واحد ، ولم يكن مزيجاً من عقود متعددة . وقد يكون العقد البسيط عقداً مسمى كالبيع والإيجار ، وقد يكون عقداً غير مسمى كالعقد الذي توضع بموجبه أسرّة تحت تصرف مدرسة طبية .

٤٣ -- العقد المختلط (contrat mixte) : هو ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً . مثل ذلك العقد بين صاحب الفندق والنزيل (contrat d'hotellerie) . فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن وعقد بيع بالنسبة إلى المأكل والمشرب وعقد عمل بالنسبة إلى الخدمة وعقد وديعة بالنسبة إلى الأمتعة . والعقد المختلط تسرى عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها ، فإذا تنافرت هذه الأحكام وجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي ، كما في عقد التلفون وهو يدور بين عقد العمل والإيجار فغلب القضاء المصري عقد العمل ورفض دعوى استرداد الحيازة التي

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملا على التزامات متبادلة ، إذ التزم أحد الطرفين أن يملك الآخر (مجلس مديرية) قطعة أرض بشرط أن يقيم فيها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس ببيع ولا مقايضة . وإنما هو عقد غير مسمى . فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك على الرغم مما هو وارد في عقد الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سيقت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تمليك المجلس إياها ، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

رفعها مشترك قطعت عنه المواصلة التلفونية[١] . وكما فى البيع المستور بالإيجار (location-vente) وهو يدور بين البيع والإيجار فحسم التقنين المدنى الجديد (م ٤٣٠) النزاع فى شأنه وجعله بيعاً .

٦ – العقد المحدد والعقد الاحتمالى

٤٤ – **العقد المحدد** (contrat commutatif) : هو العقد الذى يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد المقدار الذى أخذ والمقدار الذى أعطى ، ولو كان المقداران غير متعادلين . فبيع شىء بثمن معين عقد محدد ، ما دامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع .

٤٥ – **العقد الاحتمالى** (contrat aléatoire) : هو العقد الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد المقدار الذى أخذ أو المقدار الذى أعطى . فالبيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة عقد احتمالى . لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع المقدار الذى أعطى لا يستطيع أن يعرف فى ذلك الوقت المقدار الذى أخذ إذ الثمن لا يتحدد إلا بموته . والمشترى أيضاً كالبائع يبرم عقدا احتماليا فهو يعرف المقدار الذى أخذ ولكنه لا يعرف المقدار الذى أعطى وهو الثمن الذى لا يمكن تحديده وقت البيع لما سبق بيانه . ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وعقود الرهان والمقامرة وبيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بثمن جزاف[٢] .

وتقسيم العقد إلى محدد واحتمالى يكون غالبا فى عقود المعاوضة ، ولكن يصح أن يكون أيضا فى عقود التبرع . فعقد التبرع يكون احتماليا إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد المقدار الذى أخذ ، كما إذا وهب شخص لشخص آخر إيرادا مرتبا طول حياته .

---

(١) مصر الوطنية ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١ – ولكن محكمة ملوى غلبت عقد الإيجار ، فقضت بتقادم المطالبة باشتراك التلفون بخمس سنوات وهى مدة التقادم فى الإيجار (ملوى ١٧ مايو سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ٢٧١ ص ٥٣٣) .

(٢) أما بيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بسعر الوحدة فليس عقداً احتمالياً ، لأن هناك أساساً يعلم بموجبه كل من البائع والمشترى وقت العقد مقدار ما أعطى ومقدار ما أخذ (استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المحاماة ٣١ رقم ١٣٥ ص ٣٦٥) .

٤٦ — أهمية هذا التقسيم : من أهم نتائج هذا التقسيم أمران :

١ — أساس العقد الاحتمالى هو هذا الاحتمال (aléa) فى المكسب والخسارة ، فلو تبين أن هذا الاحتمال غير موجود فى الواقع ، وإن حسبه المتعاقدان موجودا ، فالعقد باطل . كما إذا باع شخص منزلا بإيراد يعطى لشخص ثالث طول حياته فإذا بهذا الشخص الثالث قد مات قبل صدور البيع .

٢ — لا يؤثر الغبن عادة فى العقود الاحتمالية . لأن الأساس الذى بنيت عليه هذه العقود هو كما تقدم غبن احتمالى يتحمله أحد المتعاقدين .

٧ — العقد الفورى والعقد الزمنى

٤٧ — العقد الفورى (contrat instantané) : هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه . فيكون تنفيذه فوريا ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة . فبيع شىء يسلم فى الحال بثمن يدفع فوراً عقد فورى . لأن عنصر الزمن هنا معدوم . وقد يكون المبيع مؤجل التسليم ويبقى البيع مع ذلك عقداً فورياً . لأن الزمن هنا وإن وجد عنصر عرضى لا يتحدد به مقدار المبيع . وقد يكون البيع بثمن مؤجل أو بثمن مقسط ويبقى مع ذلك عقداً فورياً . لأن الزمن هنا أيضاً عنصر عرضى لا يتحدد به مقدار الثمن . وقد يكون الأجل الذى يضرب للتنفيذ إجباريا لا اختياريا ويبقى مع ذلك عنصرا عرضياً لا يتحدد به المحل المعقود عليه فيكون العقد فوريا . مثل ذلك النجار يتفق مع العميل على أن يصنع له دولابا فالزمن الذى يستغرقه صنع الدولاب وهو أجل إجبارى لا يتحدد به محل العقد .

ويتبين مما تقدم أن العقد الفورى يتحدد محله مستقلا عن الزمن . وأن الزمن إن دخل فيه فإنما يدخل عنصرا عرضيا لا عنصرا جوهرياً لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحل المعقود عليه(١) .

---

(١) ذلك أن محل العقد الفورى — أرضاً كان أو بناء أو عروضاً أو نقداً أو غير ذلك — إنما يمتد فى المكان لا فى الزمان . أى أن له جرما إذا هو قيس فإنما يقاس بحيز مكانى لا بمقياس زمنى . أو هو — كما يقول الأستاذ عبد الحى حجازى فى رسالته فى نظرية عقد المدة — حقيقة مكانية لا حقيقة زمانية . وإنما سمى بالعقد الفورى ، ولم يسم بالعقد المكانى . لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هى فى إثبات المكان له ، بل فى نفى الزمان عنه .

٤٨ — العقد الزمني (contrat successif) : هو العقد الذى يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه ، بحيث يكون هو المقياس الذى يقدر به محل العقد . فعقد الإيجار عقد زمني لأنه يقع على المنفعة والزمن عنصر جوهرى فى تقديرها ، إذ المنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة . وعقد العمل عقد زمني لأن الخدمات التى يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهرى فيه إذ هو الذى يحدد مقدار المحل المعقود عليه .

وهناك من الأشياء ما يتحدد عادة بالمكان ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر ، فهو فى ذاته يقاس بالمكان ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل ذلك عقد التوريد ، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معينا يتكرر مدة من الزمن . فمحل العقد هنا يقاس فى ذاته بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات من الزمن فجعلاه يقاس بالزمان لا بالمكان . فالمعقود عليه فى كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو شىء يقاس بالزمن ، ولكن المعقود عليه فى عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما المعقود عليه فى عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقا .

ومن ثم ينقسم العقد الزمني إلى عقد ذى تنفيذ مستمر (contrat à exécution continuée) كعقد الإيجار وعقد العمل ، وعقد ذى تنفيذ دورى (contrat à exécution périodtqe) كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة .

٤٩ — أهمية هذا التقسيم : المعقود عليه فى العقد الزمني هو الزمن ، والزمن إذا مضى لا يعود . فإذا نفذ العقد الزمني حينا من الزمن ، وأريد لسبب أو لآخر الرجوع فى العقد ، استحال ذلك إذ أن ما نفذ من العقد أصبح تنفيذه نهائيا لا رجوع فيه . أما العقد الفورى فلا يقوم على الزمن ، وإذا نفذ فى جزء منه جاز الرجوع فيما تم تنفيذه . ويترتب على هذا الفرق الجوهرى بين العقد الزمني والعقد الفورى نتائج هامة نذكر منها :

١ — الفسخ فى العقد الفورى ينسحب أثره على الماضى لأنه يجوز الرجوع فيه ، أما الفسخ فى العقد الزمني فلا يستند إلى الماضى لأن ما نفذ منه لا تمكن إعادته .

٢ — إذا وقف تنفيذ العقد الفورى ، فإن هذا الوقف لا يؤثر فى التزامات المتعاقدين من حيث الكم ، بل تبقى هذه الالتزامات كاملة كما كانت قبل الوقف. أما العقد الزمنى فوقف تنفيذه يترتب عليه النقص فى كمه وزوال جزء منه ، إذ أن المدة التى وقف تنفيذه فيها لا يمكن تعويضها بعد أن فاتت. بل قد يترتب على وقف العقد الزمنى انتهاؤه ، إذا كانت مدة الوقف تزيد على المدة المحددة للعقد أو تساويها .

٣ — العقد الزمنى لا يمكن إلا أن يكون ممتدا مع الزمن ، وبقدر ما يمتد يكون تغير الظروف محتملا ، ومن ثم كانت العقود الزمنية هى الميدان الطبيعى لنظرية الظروف الطارئة . أما العقود الفورية فلا تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا تراخى وقت تنفيذها ، فكان التنفيذ مؤجلا أو مقسطاً .

٥٠ — **ترتيب البحث فى العقد** : والآن وقد فرغنا من التمهيد للكلام فى العقد ، ننتقل إلى بحثه ، ونرتب البحث على النحو الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد ، فنتناول فى فصول ثلاثة : ١ — أركان العقد . ٢ — آثار العقد . ٣ — انحلال العقد .

الفصل الأول

أركان العقد

٥١ — **حصر أركان العقد** : العقد يقوم على الإرادة ، أى تراضى المتعاقدين . والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب . فللعقد إذن ركنان : التراضى والسبب[١] .

وأما المحل فهو ركن فى الالتزام لا فى العقد ، ولكن أهميته لا تظهر إلا

---

(١) وقد يجب فى التراضى أن يكون فى شكل مخصوص كما فى العقود الشكلية . فى هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركناً من أركان العقد .

الالتزام الناشئ من العقد . فإن محل الالتزام غير العقدى يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام العقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعيا استيفاءه للشروط التى يتطلبها القانون ، ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترنا بالعقد .

فنبحث القواعد التى يقوم عليها التراضى والمحل والسبب ، وكذلك الجزاء الذى يترتب على هذه القواعد وهو البطلان .

الفرع الأول

التراضى

(Le consentement)

٥٢ — وجود التراضى وصحته : يوجد التراضى بوجود إرادتين متوافقتين . وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفى لانعقاد العقد ، فإنه لا يكفى لصحته ، بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين . فنبحث إذن : ١ — وجود التراضى ٢ — وصحة التراضى .

المبحث الأول

وجود التراضى

٥٣ — التراضى هو تطابق إرادتين : تنص المادة ٨٩ من التقنين المدنى على ما يأتى : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد »[1] .

فالتراضى إذن هو تطابق إرادتين . والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التى تتجه لإحداث أثر قانونى معين هو إنشاء الالتزام . والإرادة بهذا التحديد هى التصرف

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٢ (مطابق) — الليبى م ٨٩ (مطابق) — العراق م ٧٣ (موافق) — اللبنانى م ١٦٥ و ١٧٨ (موافق) .

القانونى (acte juridique) ، فالتصرف القانونى أعم من العقد . لأن التصرف إرادة أما العقد فإرادتان متطابقتان[١]. والقواعد التى تسرى على العقد هى بعينها التى تسرى على التصرف القانونى إذا استثنينا منها تلك التى يقتضيها توافق الإرادتين ، وسنبين ذلك عند الكلام فى الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام . ومن ثم فأركان التصرف القانونى هى بعينها أركان العقد : إرادة صحيحة ، تقع على محل مستوف لشروطه ، ويدفع إليها سبب مشروع .

ولا بد أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانونى هو إنشاء الالتزام . ويترتب على ذلك أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم التمييز ، كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعى لسكر أو مرض ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير التنويم المغناطيسى أو الإيحاء . كذلك لا عبرة بالإرادة التى لم تتجه لإحداث أثر قانونى ، كما فى المجاملات الاجتماعية وفى التبرع بتقديم خدمات مجانية وفى الاتفاقات التى تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا[٢] . ولا يعتد بإرادة الهازل . ولا بالإرادة الصورية ، ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ، ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهنى (réserve mentale) . فإن الإرادة فى جميع هذه الأحوال لم تتجه اتجاها جديا لإحداث أثر قانونى .

والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذى قدمناه وبتوافق الإرادتين . وقد يمر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باتا ، ويتحقق ذلك فى الاتفاق الابتدائى وفى العربون . فيخلص إذن للبحث المسائل الآتية : (١) التعبير عن الإرادة . (٢) توافق الإرادتين . (٣) مرحلة تمهيدية فى التعاقد : الاتفاق الابتدائى والعربون .

---

(١) وكان المنطق يقضى بأن يتقدم بحث التصرف القانونى ويدخل فى نطاقه بحث العقد . ولكن لما كان العقد هو التصرف القانونى الأكثر شيوعا فى التعامل ، فقد غلبت الناحية العملية وتقدم بحث العقد .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٣ .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة

٥٤ — تعبير الأصيل وتعبير النائب : التعبير عن الإرادة قد يصدر من الأصيل في التعاقد ، وقد يصدر من نائب عنه . فنتكلم : (أولا) في التعبير الصادر من الأصيل . (ثانيا) التعبير الصادر من النائب ، أي النيابة في التعاقد .

§ ١ — التعبير الصادر من الأصيل

٥٥ — الإرادة ومظهر التعبير عنها : يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر المادي للتعبير عنها .

أما الإرادة الكامنة في النفس فهي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين[١] .

---

(١) ويقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملان تحضيريان ، ويليها عمل تنفيذي . فأول مرحلة هي اتجاه الفكر إلى أمر معين ، وهذا هو الإدراك (conception) . ثم يلي ذلك مرحلة التدبر (délibération) ، فيزن الشخص الأمر ويتدبره . ثم تأتي المرحلة الثالثة وهي البت في الأمر وإمضاء العزيمة فيه ، وهذه هي الإرادة ذاتها (volonté) . فإذا انعقدت الإرادة لم يبق بعد ذلك إلا التعبير عنها (déclaration) ، وهذه هي المرحلة الرابعة والأخيرة ، وهي عمل خارجي بخلاف المراحل الثلاث الأولى فهي مراحل داخلية .

ويميز علماء النفس هذه المراحل بعضها عن بعض حتى لا تلتبس الإرادة بالرغبة وهذا شيء سابق ، ولا تختلط بالتعبير وهو شيء لاحق . وإلا فإن النظريات الحديثة ، في علم النفس لا تقر التمييز بين المراحل المختلفة هذا التمييز الدقيق . فإنه يصعب القول بأن العمل النفسي ، وهو بطبيعته عمل معقد ، يمر على مراحل متميزة بعضها عن بعض تميزاً فيه كل هذا الوضوح . ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لا يدخل في مرحلة التدبر إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فإن الإدراك والتدبر ينفعل أحدهما مع الآخر فيتفاعلان . كقطرة تسقط في مجرى فتمتزج بالماء فتؤثر فيه وتتأثر منه . ثم إن مرحلة التدبر لا يزن فيها الإنسان الأمر على هذا النحو المادي ، فيستخلص أسباباً للإقدام على العمل وأخرى للإحجام عنه ، فإن العمل النفسي أكثر تعقيداً وأقل وضوحاً . فإذا ما انتهينا إلى مرحلة الإرادة خيل لمن يتتبع التحليل المتقدم أن هناك قوة نفسية مستقلة ، غير قوة الإدراك وقوة التدبر ، هي التي تتولى البت في الأمر وتكون حكما لا تعقيب على حكمه ، مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهي إليه الإدراك والتدبر ، فهي ليست مستقلة عنهما ، وما هي إلا امتداد طبيعي لما أودع في الإنسان من تفكير وتمييز وتبصر .

وما دامت الإرادة عملا نفسيا باطنيا ، فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها . ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر هو عنها بأحد مظاهر التعبير .

٥٦ — التعبير الصريح والتعبير الضمنى : تنص المادة ٩٠ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ١ — التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود . ٢ — ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا »(١) . فالتعبير عن الإرادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا .

ويكون التعبير صريحا إذا كان المظهر الذى اتخذه — كلاما كان أو كتابة أو إشارة أو غير ذلك — مظهرا موضوعا فى ذاته للكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس . فيكون بالكلام أى بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذى تنطوى عليه الإرادة . ويكون بالكتابة فى أى شكل من أشكالها(٢) . ويكون بالإشارة المتداولة عرفاً كإشارة الأخرس وهز الرأس أو الكتف ولو من غير الأخرس ؛ ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ، كعرض التاجر لبضائعه على الجمهور ، وكوقوف سيارات الأجرة فى المواقف المعدة لها ، وكوضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين ، كل هذا يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذى اتخذه ليس فى ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود هذه الإرادة . مثل ذلك الموعود بالبيع يتصرف فى العين الموعود ببيعها فهذا دليل على أنه قبل الوعد بالبيع ولذلك يتصرف فى العين . والدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد إنهاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك ، ومن

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٣ (مطابق) — الليبى م ٩٠ (مطابق) — العراقى م ٧٧ — ٧٩ (موافق) — اللبنانى م ١٧٩ (مقارب) .

(٢) والكتابة التى يتطلبها التعبير عن الإرادة أيسر شروطاً من الكتابة التى يتطلبها الإثبات.

صدر له توكيل إذا نفذ الوكالة كان هذا دليلا على أنه قد قبلها[1] .

وأى مظهر من المظاهر الصريحة أو الضمنية يكفى بوجه عام فى التعبير عن الإرادة . ومع ذلك فهناك أحوال يجب فيها التعبير الصريح ولا يكتفى بالتعبير الضمنى . وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان . مثل الذى ينص عليه المشرع حجية الدفاتر والأوراق المنزلية لا تقوم إلا فى إحدى حالتين : أن يذكر المدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً ، أو أن يذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن يقوم مقام السند (م ٣٩٨ مدنى) . وقد يتفق المتعاقدان على أن يكون التعبير صريحاً بكتابة عرفية أو رسمية ، وهنا الكتابة تكون للتعبير ذاته لا لمجرد إثباته .

٥٧ — **الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة**(*) : إذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجى ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة ما دام الاثنتان متطابقتين . أما إذا اختلفتا ، كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له . وكشخص ينزل فى فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلنة فى غرفته ، وكمن يوصى على أثاث منزلى بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال ، فالقاعدة المعروفة فى القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هى التى يؤخذ بها . ولكن نظرية حديثة . كان للألمان الضلع الأكبر فيها . تأخذ بنظرية

---

(١) وهناك رأى يذهب إلى أن التعبير الصريح هو التعبير المباشر ، أى التعبير الذى يقصد به إيصال العلم بطريق مباشر إلى من توجه إليه هذه الإرادة . والتعبير الضمنى هو التعبير غير المباشر ، أى التعبير الذى لا يقصد به إيصال العلم بالإرادة مباشرة ، بل يستدل منه بطريق غير مباشر على وجود هذه الإرادة . ولا نرى أن هناك فرقاً محسوساً بين الرأيين ، ويمكن القول بأن الأسلوب المألوف فى التعبير هو التعبير المباشر ، والأسلوب غير المألوف فى التعبير هو التعبير غير المباشر .

(*) مراجع : سالى فى إعلان الإرادة — بنكاز تكملة بودرى جزء ٢ — ديموج فى الالتزامات جزء أول — ديريه (**Dereux**) رسالة فى تفسير التصرفات القانونية سنة ١٩٠٥ — مقال الأستاذ مينيال (**Meynial**) فى الإعلان عن الإرادة فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٢ ص ٥٤٥ — ص ٥٧٣ — مقال الأستاذ هوريو (**Hauriou**) والأستاذ جيليوم دى بيزان (**Guilliaume de Bézin**) فى الإعلان عن الإرادة فى القانون الإدارى الفرنسى فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٣ ص ٥٤٣ — ص ٥٨٦ .

الإرادة الظاهرة . ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية فى العقد ، كما اختلفتا فى الالتزام، وكما اختلفتا فى نظرتيهما العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف عند المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية (objectif) ، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية (subjectif) . فإذا اقتصرنا على العقد ، رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة .

ونظرية الإرادة الباطنة تبحث عن الإرادة فيما تنطوى عليه النفس . أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادى لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لا بذاك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضى إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولا ، وإلا فالإرادة المفترضة . ولكنها — حقيقية أو مفترضة — هى الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة : الإرادة الحرة المختارة فى معدنها الحقيقى ، غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط .

وقد بحث فقهاء الألمان ، فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر ، نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق . وخلصوا من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر فى القانون . فهى شىء كامن فى النفس . والإرادة التى تنتج أثراً هى الإرادة فى مظهرها الاجتماعى ، لا فى مكمنها وهى تختلج فى الضمير . ولا تأخذ الإرادة مظهراً اجتماعيا إلا عند الإفصاح عنها . فالعبرة بهذا الإفصاح إذ هو الشىء الذى يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ، دون حاجة إلى تحسس ما تنطوى عليه النفس من نيات . فإن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا فى العالم النفسى . فإذا أريد أن يكون لها وجود فى العالم الاجتماعى ، وجب أن تتجسم فى المظهر المادى لها . وهو ما يستطاع إدراكه . وفى هذا استقرار للتعامل ، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها ، فلا يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوى على نية أخرى غير التى تستخلص من الطريق الذى اختاره للتعبير عن هذه النية . ولا يشترط أصحاب الإرادة الظاهرة طريقا خاصا لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيرا صريحا أو تعبيرا ضمنيا ، وقد يكون مجرد السكوت فى أحوال

خاصة مظهرا من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل نفسي ، بل تبرز إلى العالم المادى فى علامة ظاهرة هى التى نقف عندها ونقدر الإرادة بقدرها . وهم لا يكتفون من المظهر الخارجى للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها – دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجى لايتفق مع الإرادة الداخلية – ولو اكتفوا بذلك لاتفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجى هو العنصر الأصلى للإرادة ، فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لا بد من اعتباره دليلا على الإرادة الداخلية ، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس . فلا يسمع لشخص يدعى أنه أضمر غير ما أظهر ما دام قد أراد هذا التعبير الذى اختاره لإرادته .

وقد انحرف التقنين المدنى الجديد عن تقاليد التقنين المدنى السابق فى أمر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ، فلم يجمد فى الوقوف عند الإرادة الباطنة ، بل تزحزح شيئاً نحو الإرادة الظاهرة ، حتى يكفل جانب الاستقرار فى التعامل. على أنه لم يبلغ مبلغ التقنين الألمانى فى اقترابه من الإرادة الظاهرة ، وإذا جاز أن يقال إن التقنين الألمانى قد أكمل نظرية الإرادة الظاهرة بنظرية الإرادة الباطنة ، فإن التقنين المدنى الجديد يكون قد أكمل نظرية الإرادة الباطنة بنظرية الإرادة الظاهرة(١) .

---

(١) على أن النتائج العملية للتمييز بين مبدأى الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة نتائج محدودة، وهى لا تظهر إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الظاهرة تختلف عن الإرادة الباطنة . وقل أن يستطاع إثبات ذلك . وفى الأحوال القليلة التى يمكن فيها تقديم هذا الدليل يتقارب المبدآن من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجى الخاطىء دون جزاء ، بل يرتب عليه الحق فى التعويض لمن اطمأن لهذا المظهر ، على أساس المسئولية التقصيرية .

ومهما يكن من أمر فلايزال هناك فرق بين المبدأين لا يجوز إغفاله . فمبدأ الإرادة الظاهرة ينظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية ، وينظر إليها مبدأ الإرادة الباطنة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق تترتب عليه نتيجتان عمليتان : (١) عند تفسير العقد ، إذا أخذ القاضى بمبدأ الإرادة الظاهرة ، فإنه لا يكون ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تجنه سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجى للتعبير عن الإرادة . فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً فى ذلك إلى العرف الجارى وإلى المألوف فى التعامل . (٢) إذا أخذ القاضى بمبدأ الإرادة الظاهرة ، فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، مادام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد ، فيكون حكم ذلك هو حكم تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة واقع لقاضى الموضوع فيها الرأى الأعلى .

٥٨ — متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره : والتعبير عن الإرادة ، سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة ، لا ينتج أثره إلا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩١ من التقنين المدنى فهى تنص على أنه « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك »[1] . فالتعبير ، إذا كان له وجود فعلى بمجرد صدوره من صاحبه ، لا يكون له وجود قانونى وينتج أثره إلا عندما يصل إلى علم من وجه إليه . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً مثلا ، فإنه لا ينتج أثره إلا عندما يصل إلى علم المتعاقد الآخر ، وقبل ذلك يجوز العدول عنه[2] . وإذا كان التعبير عن الإرادة قبولا مثلا ، فإنه كذلك لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به . وأثر القبول هو تمام العقد . فيتبين إذن أن القبول إذا صدر لا يتم به العقد إلا من وقت وصوله إلى علم الموجب ، وهذه هى نظرية العلم التى سنراها فى التعاقد بين الغائبين .

وقد جاءت المادة ٩١ مدنى سالفة الذكر بقرينة قانونية على العلم لما فيه من خفاء ، فقضت بأن وصول التعبير قرينة على العلم به ، لأن العادة جرت أن الناس إذا وصل إليهم أمر أحاطوا به علماً وقت وصوله . على أن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة ، فيجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله ، وهو الذى يحمل عبء الإثبات .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى لا مقابل (ويستخلص من المادة ٩٨ من هذا التقنين أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره من وقت صدوره) — الليبى م ٩١ (مطابق) — العراق م ٨٧ (موافق) — اللبنانى لا مقابل (ويستخلص من المادة ١٨٤ من هذا التقنين أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره من وقت صدوره) .

(٢) نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٤٠ ص ٣٥٩ — ولكن إذا وصل الإيجاب إلى علم المتعاقد الآخر ، فإنه مع ذلك يجوز الرجوع فيه ما لم يكن ملزماً . ومن ذلك يتبين أن العدول لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانونى ، أما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل الإيجاب هذا الوجود بشرط ألا يكون ملزماً ، فإذا كان ملزماً لم يجز العدول عنه ولا الرجوع فيه .

٥٩ — الموت وفقد الأهلية — أثرهما فى التعبير عن الإرادة : وقد قدمنا أن التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعلى من وقت صدوره من صاحبه. وهذا الوجود الفعلى يبقى له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته ، لأنه قد انفصل عن صاحبه ما دام قد تم له الوجود الفعلى . وفى هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التى تبقى كامنة فى نفس صاحبها ، وتموت بموته وتزول بفقده لأهليته . ويستكمل التعبير وجوده الفعلى بالوجود القانونى متى وصل إلى علم من وجه إليه ، حتى بعد موت صاحب التعبير وحتى بعد فقده لأهليته[1] . وهذا ما تقضى به المادة ٩٢ من التقنين المدنى ، فهى تنص على أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل »[2] .

وإذا كان التعبير عن الإرادة قبولا لإيجاب معروض ، ومات من صدر منه القبول أو فقد أهليته قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، ثم علم الموجب بالقبول ، فقد تم العقد[3] . ولكنه مع ذلك لا يتم إذا تبين من الإيجاب أو من

---

(١) وقد كان القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق يجرى على أن موت صاحب الإرادة أو فقده لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة (استئناف وطنى ٩ مارس سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ ص ٤٤٩) . ويرجع هذا إلى أن التقنين السابق لم يكن يتصور انفصال الإرادة عن صاحبها . فهو يراها إرادة كامنة فى النفس تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته . وحكم التقنين الجديد فى هذه المسألة يفضل حكم التقنين السابق من حيث استقرار التعامل ويتضح ذلك من المثل الآتى : شخص فى مصر كتب لآخر فى فرنسا يعرض عليه صفقة ، فقبلها الآخر ، ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، ولم يكن هذا عند وصول القبول إليه يعلم بموت صاحبه . فالعقد فى هذه الحالة يتم وفقاً للتقنين الجديد ، وكان لا يتم فى عهد التقنين السابق . وظاهر أن القول بتمام العقد هو الذى يتفق مع استقرار التعامل ، فلا تثريب على الموجب إذا هو اطمأن إلى تمام الصفقة ورتب شؤونه على هذا الاعتبار .

(٢) القتنينات المدنية العربية الأخرى : لا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السورى ولا فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى . ويقابل فى التقنين المدنى الليبى م ٩٢ (مطابق) .

(٣) ويجب على ورثة القابل أن يقوموا بتنفيذ العقد فى الحدود التى تلتزم بها الورثة بعقود مورثهم ، وفى حالة فقد القابل لأهليته يجب على القيم تنفيذ العقد .

طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار . فإذا قصد الموجب ذلك ، أو كان محل العقد تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً كما إذا كان هذا فنانا وعرض عليه القيام بعمل يدخل فى فنه ، فإن القبول يسقط[1] .

§ ٢ — التعبير الصادر من النائب

النيابة فى التعاقد(*)

(La représentation)

٦٠ — نظرة عامة : التعبير الصادر من النائب ، من حيث أنه تعبير عن الإرادة يخضع لجميع القواعد التى أسلفناها . فيكون صريحا أو ضمنيا . ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة ، وينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ولا يسقط بموت النائب ولا بفقده لأهليته ، كل ذلك على التفصيل الذى قدمناه .

وهو من حيث أنه تعبير يصدر من النائب لا من الأصيل — وهذا هو الذى يعنينا هنا — يقتضينا الكلام فى نظرية النيابة .

والنيابة هى حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، مع انصراف الأثر

---

(١) كل هذا بخلاف الموجب الذى وجه إليه القبول . فإنه إذا مات أو فقد أهليته قبل وصول القبول إلى علمه ، ولم يكن الإيجاب ملزماً ، فإن العقد لا يتم ، لأن القبول فى هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره ، إذ هو لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد أن مات أو فقد أهليته . فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد . أما إذا كان الإيجاب ملزماً ، فإن التزام الموجب يبقى قائماً بعد موته أو فقده لأهليته . فإذا وصل القبول إلى علم الورثة أو القيم أنتج أثره وتم العقد . وهذا ما يقع فى الغالب فى التعاقد بين الغائبين .

(*) مراجع : ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ٨٩ — فقرة ١٥٥ — بيلون **(Pilon)** رسالة من كان سنة ١٨٩٨ — أوديو **(Audinot)** فى النيابة القاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — كوربسكو **(Corbesco)** رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — بولاند **(Boland)** رسالة من لييج سنة ١٩٢٧ — پوبسكو رامنسيانو **(Pobesco Ramnicéano)** رسالة فى النيابة فى القانون المقارن (سنة ١٩٢٧) — كلاريز **(Clarise)** رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ — رواست **(Rouast)** فى النيابة دروس فى الدكتوراه بكلية حقوق باريس سنة ١٩٤٧ — سنة ١٩٤٨ .

القانونى لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو[(١)] .

والنيابة بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها ، تكون إما نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذى يحدد هذا النطاق كما فى الولى والوصى والقيم والسنديك والحارس القضائى والفضولى والدائن الذى يستعمل حق المدين . أو تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذى يتولى تحديد نطاقها ويتحقق هذا فى عقد الوكالة[(٢)] .

والفكرة الجديدة التى اهتدى إليها الفقه الحديث فى النيابة هى أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأى القديم الذى كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقمص شخص الأصيل فيتكلم بلسانه ويعبر عن

---

(١) إذا كانت النيابة تبدو فى القانون الحديث نظاماً منطقياً معقولا . فإن الأمر لم يكن كذلك فى القوانين القديمة . فقد كانت هذه القوانين تستعصى على فكرة النيابة . ولم تسلم بها إلا تدرجاً وفى حدود معينة .

فقد كان القانون الرومانى فى مبدأ الأمر لا يعترف إلا بنيابة الابن والعبد عن رب الأسرة ، أما غير الابن والعبد فلم يكن له أن ينوب عن غيره ممن لا يخضع لسلطته . فإذا وكل شخص آخر فى عمل يقوم به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه . وكذلك الموكل لا يعرف إلا الوكيل ، ولم تكن هناك علاقة مباشرة بين الموكل والغير . ثم تطورت النيابة ، فقامت نيابة النائب بحكم القانون كالوصى والقيم . أما فى الوكالة ، فصار للغير دعوى قبل الموكل مع استبقاء دعواه الأصلية قبل الوكيل . ولكن العكس لم يجز ، فلم يعط الموكل دعوى قبل الغير ، وبقى الوكيل هو الدائن للغير ويؤدى بعد ذلك حسابا للموكل . ويخلص من ذلك أنه إذا جاز أن يصبح الشخص مديناً عن طريق وكيله ، فإنه لم يكن جائزاً أن يصبح دائناً عن طريق الوكيل (جيرار ص ٦٧٨ وص ٦٩٠) .

أما الشريعة الإسلامية فقد خطت خطوات واسعة فى مبدأ النيابة حتى كادت تصل فيها إلى المرحلة التى وصل إليها القانون الحديث ، بل لعلها تكون قد جاوزت هذه المرحلة (انظر بحثاً فى هذا الموضوع فى مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف الجزء الخامس ص ٢١٩ – ص٢٩٧) .

(٢) أما بالنسبة إلى المصدر الذى يضفى على النائب صفة النيابة . فإما أن تكون النيابة قانونية كما فى الولى فإن القانون هو الذى يعين من يكون ولياً . أو تكون قضائية كما فى الوصى والقيم فإن جهة قضائية هى التى تختارهما ، أو تكون اتفاقية كما فى الوكالة فإن الاتفاق هو الذى يعين الوكيل . ومن ثم تكون نيابة الوكيل اتفاقية بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها وبالنسبة إلى المصدر الذى ينشئها ويضفى صفة النيابة . وتكون نيابة الولى نيابة قانونية بالمعنيين معاً كذلك . وتكون نيابة الوصى والقيم نيابة قانونية بالمعنى الأول ، ونيابة قضائية بالمعنى الثانى .

لإرادته ، فذلك هو الرسول لا النائب. وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذى يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل (١). وذلك بالقدر الذى لا يتلقى فيه النائب من الأصيل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها ، إذ يكون فى هذه الحدود معبرا عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو (٢).

---

(١) وهذا الرأى الجديد يبرز ما يميز النيابة من طابع جوهرى . فالنائب يعبر عن إرادته هو ، ومع ذلك ينصرف أثر هذه الإرادة إلى الأصيل لا إلى نفسه – وهذا بخلاف العضو **(organe)** فى الشخص المعنوى ، كمدير الشركة ومجلس إدارتها والجمعية العامة . فهو إنما يعبر عن إرادة الشخص المعنوى ، إذ هو حامل هذه الإرادة ولا يستطيع الشخص المعنوى أن يعمل إلا بوساطته . ومن ثم لا يعتبر العضو فى الشخص المعنوى نائباً عنه ، بل هو أحد أجزائه . وإذا أمكن أن نتصور شخصاً معنوياً دون نائب فإنه لا يمكن تصور شخص معنوى دون عضو يحمل إرادته ويعبر عنها .

(٢) والرأى التقليدى الذى كان يذهب إلى أن النائب يعبر عن إرادة الأصيل إنما يقوم على ضرب من الافتراض القانونى ، إذ يفترض أن الأصيل لا النائب هو الذى أبرم العقد مع الغير وأن ارادة النائب ليست إلا إرادة الأصيل . وإذا أمكن أن نتصور هذا فى حالة الوكالة عندما يصدر الموكل للوكيل تعليمات جامعة مانعة يسير بموجبها ولا يجوز أن ينحرف عنها ، فيكون الوكيل إذ ذاك أقرب إلى أن يكون رسولا ، فإن هذا صعب التصور فى حالة ما إذا كان الوكيل مفوضاً فى أن يتصرف برأيه ، حيث يبدو فى وضوح أن الإرادة هى إرادة الوكيل ومع ذلك ينصرف أثرها إلى الموكل . بل يتعذر تصور هذا فى حالة الفضولى وهو يتصرف دون إذن من الأصيل ودون علمه . فالإرادة لاشك هى إرادة الفضولى والأثر ينصرف إلى الأصيل . ويتعذر تصور هذا بوجه خاص فى حالة الولاية والوصاية والقوامة . حيث يستحيل القول إن الأرادة هى إرادة المحجور . إذ أن إرادة المحجور ناقصة بل قد تكون معدومة ، ومن أجل هذا فرضت عليه النيابة . ويتعذر تصور هذا إطلاقاً فى حالة الحارس القضائى ، فهو يتصرف فى المال الموضوع تحت حراسته بإرادته هو لا بإرادة الأصيل ، ويتصرف غالبا رغم إرادة الأصيل .

ومن ثم تحول الفقه الحديث كما قدمنا إلى القول بأن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل . وهناك تعليلات فقهية مختلفة لبيان كيف تكون الإرادة إرادة النائب وينصرف أثرها مع ذلك إلى الأصيل (انظر فى ذلك مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٥ ص ٢٠٢ – ص ٢٠٦) . والذى نراه هو أننا خرجنا عن نطاق القاعدة الرومانية الضيقة . التى كانت تقضى بأن أثر الإرادة لا ينصرف إلا إلى صاحبها ، إلى نطاق قاعدة أوسع تقضى بأن الإرادة قد ينصرف أثرها إلى غير صاحبها ؛ ولم يقع ذلك فى النيابة فحسب ، بل وقع أيضاً كما سنرى فى الاشتراط لمصلحة الغير .

ويمكن القول بأن النائب فى النيابة الاتفاقية يعبر عن إرادته هو ، فينصرف أثر هذه الإرادة إلى الأصيل باشتراكها مع إرادة هذا الأصيل . أما فى النيابة القانونية ، فإن القانون نفسه هو الذى يصرف أثر إرادة النائب إلى الأصيل.

والنيابة لاتتحقق إلا إذا توافرت شروط معينة ، ولها آثار خاصة . وقد ينوب شخص واحد عن طرفى العقد أو عن أحدهما ويكون هو الطرف الآخر ، فيبدو فى الحالتين أنه يتعاقد مع نفسه ، وهى حالة هامة من أحوال النيابة نفردها بالذكر . فنبحث إذن مسائل ثلاثا : (ا) شروط تحقق النيابة (ب) آثار النيابة (حـ) تعاقد الشخص مع نفسه .

(ا) شروط تحقق النيابة

٦١ — **شروط ثلاثة :** حتى تتحقق النيابة يجب : أولا — أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل . ثانيا — وأن تجرى إرادة النائب فى الحدود المرسومة للنيابة . ثالثاً — وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

٦٢ — **الشرط الأول — حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :** النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، وإلا كان رسولا (messager) ، وكانت العبرة بإرادة الأصيل[1] . ويترتب على أن النائب يعبر عن إرادته هو نتيجتان هامتان : (١) ينظر فى عيوب الإرادة إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل ، بعكس الرسول فينظر فى ذلك إلى إرادة المرسل لا إلى إرادة الرسول . ومن ثم إذا وقع النائب فى غلط أو تدليس أو إكراه ، كان العقد قابلا للإبطال ولو لم يشب إرادة الأصيل عيب ، وكذلك يعتد بالتدليس والإكراه الصادرين من النائب فتصبح إرادة من تعاقد معه معيبة . (٢) يتلمس حسن النية عند النائب لا عند الأصيل فى الأحوال التى يرتب القانون فيها أثرا على حسن النية . فإذا كان النائب سيء النية واشترى من بائع معسر متواطئا معه ، فلدائن البائع الطعن فى البيع بالدعوى البولصية حتى لو كان الأصيل حسن النية .

على أن النائب إذا تصرف وفقا لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل ، وجب أن ينظر أيضا إلى نية هذا الأخير . فإذا وكل شخص آخر فى شراء شىء معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك ، لم يجز أن يرجع الموكل على البائع بدعوى العيب . فالأصل إذن أن العقد ينعقد بإرادة

---

(١) إذ الرسول يعبر عن إرادة المرسل ، فيصح أن يكون غير مميز مادام قادراً ماديا على نقل هذه الإرادة وتبليغ الرسالة صحيحة .

النائب لا بإرادة الأصيل ، على أن إرادة الأصيل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه النائب إذ أن النائب فى هذه الحالة يكون بمثابة الرسول .

وقد أوردت المادة ١٠٤ من التقنين المدنى هذه الأحكام ، فنصت على ما يأتى :

« ١ — إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما . ٢ — ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها »[1] .

أما أهلية التعاقد فينظر فيها للأصيل لا للنائب ، لأن العقد إذا كان ينعقد بإرادة النائب فإنه ينتج أثره فى شخص الأصيل . والعبرة فى توافر الأهلية فى الأصيل بالوقت الذى يباشر فيه النائب العقد ، فلو أن الأصيل لم يكن أهلا للعقد وقت إعطائه التوكيل وكان أهلا له وقت مباشرة الوكيل للتعاقد صح العقد . ولا يصح إذا كان الأصيل أهلا وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد . ولا تشترط الأهلية فى النائب ، فيصح أن ينوب قاصر أو سفيه محجور عليه فى بيع منزل لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف ، على أن يكون النائب مميزا حتى يكون أهلا لأن تصدر منه إرادة مستقلة لأنه يعبر عن إرادته هو كما سبق القول . وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية ، فإن القانون فى هذا النوع من النيابة هو الذى يعين أهلية النائب وأهلية الأصيل ، ويغلب فى النيابة القانونية أن يكون الأصيل ناقص الأهلية أو معدومها وأن يكون النائب كاملها .

٦٣ — الشرط الثانى — استعمال النائب إرادته فى الحدود المرسومة للنيابة : ويجب أن يعبر النائب عن إرادته فى حدود النيابة ، وهى الحدود التى عينها القانون

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٥ (مطابق) — الليبى م ١٠٤ (مطابق) — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، ولكن النص يقرر أحكاما تتفق مع القواعد العامة .

أو الاتفاق[١] . فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة . ولم ينتج التصرف الذى قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل . على أن التصرف ينتج استثناء أثره إذا كان الغير الذى تعامل مع النائب حسن النية لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة ، وكانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد فى حدود النيابة . وقد اشتمل التقنين المدنى الجديد على نصين هما تطبيقان لهذا المبدأ : (١) نصت المادة ١٠٧ مدنى على أنه « إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه »[٢] . مثل ذلك أن يعزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب بموته ، ويتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو بموت الأصيل[٣] . (٢) نصت المادة ٧٠٣ مدنى على أن « ١ – الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة . ٢ – على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة »[٤] .

وفى غير الاستثناء المتقدم الذكر ، إذا جاوز النائب حدود النيابة لم ينتج التصرف الذى قام به أثره فى حق الأصيل ، ورجع الغير على النائب بالتعويض إذا كان له محل . ولكن قد يقر الأصيل التصرف المجاوز لحدود النيابة ، فيصبح

---

(١) فقد يضع الموكل حدوداً للوكالة ، فيقيد الوكيل بتصرف معين لا يتعداه ، أو يطلق الوكالة فى ألفاظ عامة فتنصرف إلى أعمال الإدارة دون غيرها (م ٧٠١ مدنى) . وقد يضيف الوكالة إلى أجل فاسخ تنتهى بانتهائه أو إلى أجل واقف لا تبدأ إلا بحلوله . وقد يعلقها على شرط واقف أو فاسخ ، وما إلى ذلك من القيود المختلفة .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٨ (مطابق) – الليبى م ١٠٧ (مطابق) – و لا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، ولكن النص يقرر حكماً يتفق مع القواعد العامة .

(٣) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٠٧ ص ٧٥٩ – والوكيل هنا يكون وكيلا ظاهراً ، ينفذ تصرفه كما ينفذ تصرف الوارث الظاهر والدائن الظاهر إذا استوفى الدين .

(٤) ونفاذ عمل النائب فى حق الأصيل هنا إنما هو تطبيق لقواعد الفضالة .

التصرف كأنه قد تم فى حدودها ، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار[١] .

٦٤ — الشرط الثالث — تعامل النائب باسم الأصيل : ويجب أن يتعاقد النائب مع الغير باسم الأصيل ولحسابه . وهذه النية قد يفصح عنها صراحة ، وقد تفهم ضمناً من الظروف كالمستخدم يبيع بضاعة مخدومه فى محل هذا المخدوم وكالخادم يتعاقد عن السيد .

أما إذا تعامل الوكيل باسمه ، كانت الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل ، وهذا ما يعرف بالاسم المستعار (prête-nom) أو المسخر . ومن ثم يضاف أثر العقد إلى الوكيل دائناً أو مديناً ، ولا يضاف إلى الموكل . ويرجع الموكل على الوكيل بموجب عقد الوكالة الذى تم بينهما . ومع ذلك يضاف أثر العقد إلى الأصيل فى حالتين : (١) إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة . (٢) إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو مع النائب . وقد أوردت المادة ١٠٦ مدنى هذه الأحكام ، فنصت على أنه : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو مع النائب »[٢] .

(ب) آثار النيابة

٦٥ — العلاقة فيما بين النائب والغير : لما كان النائب يعمل باسم الأصيل فإن أثر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل . ويترتب على ذلك أن النائب

---

(١) فلو كان النائب وكيلا وجاوز حدود الوكالة وصدر الإقرار من الموكل ، أمكن تأصيل نفاذ التصرف فى حق الموكل على الوجه الآتى : نصب الوكيل نفسه نائباً بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة فى هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل — بناء على إرادته — نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هى معلقة على شرط واقف هو أن يصدر إقرار من الموكل . ومن الجائز أيضاً القول بأن تصرف الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة تصرف موقوف بالمعنى المعروف فى الفقه الإسلامى . فنجرى هنا على أحكام الفقه الإسلامى باعتباره مصدرا للقانون (م١/٢ مدنى) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٧ (مطابق) — الليبى م ١٠٧ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبنانى م ٢٢٣ — ٢٢٤ (موافق) .

لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التى أنشأها العقد لنفسه ، كما لا يستطيع الغير أن يطالبه شخصيا بالتزام من الالتزامات التى رتبها العقد .

٦٦ — **العلاقة فيما بين النائب والأصيل** : يحدد هذه العلاقة وما يترتب عليها المصدر الذى أنشأ النيابة : الوكالة أو القانون .

٦٧ — **العلاقة فيما بين الأصيل والغير** : تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ، ويختفى شخص النائب من بينهما . فهما المتعاقدان ، وهما اللذان ينصرف إليهما أثر العقد[1] . فيكسب الأصيل الحقوق التى تولدت له من العقد ، ويطالب الغير بها دون وساطة النائب . كذلك يكسب الغير الحقوق التى تولدت له من العقد ، ويرجع بها مباشرة على الأصيل . وقد أوردت المادة ١٠٥ مدنى هذه الأحكام ، فنصت على أنه « إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هـذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل »[2] .

(ج) تعاقد الشخص مع نفسه(*)

٦٨ — **نظرة عامة — موقف الشرائع المختلفة** : متى سلمنا أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل ، أمكن أن نسلم أن شخصا واحداً يكون نائبا عن غيره وأصيلا عن نفسه ، أو يكون نائبا عن كل من المتعاقدين . فيجمع فى الحالتين طرفى العقد فى شخصه ، ولا تكون ثمة إلا إرادة واحدة هى إرادته وقد حلت

---

(١) وهذه هى الخطوة التى وقف دونها القانون الرومانى ، وهى الخصيصة المميزة للنيابة فى القوانين الحديثة بعد أن انتهى إليها منطق النيابة فى تطورها .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٦ (مطابق) — الليبى م ١٠٥ (مطابق) — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، ولكن النص يقرر أحكاما تتفق مع القواعد العامة .

(*) مراجع : ديموج فى الالتزامات جزء أول فقرة ٤٠ — فقرة ٨٨ — موريل فى الوكيل بالعمولة كطرف آخر فى العقد رسالة من ليل سنة ١٩٠٤ — جوچيه فى تعاقد الشخص مع نفسه رسالة من كان سنة ١٩٣٠ — ڤيفورنو فى العقد فى المشروع الفرنسى الإيطالى وفى القانون المقارن ص ٥٠٤ — ص ٥٢٤ .

محل إرادتين[١] . وقد اختلفت الشرائع فى موقفها من هذه المسألة . فمنها ما يحرم فى الأصل تعاقد الشخص مع نفسه كالتقنين الألمانى ، ومنها ما يبيحه بوجه عام كالتقنين الفرنسي والتقنين السويسرى . ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة ، فالشرائع التى حرمت فى الأصل أباحت فى فروض معينة . والشرائع التى أباحت كقاعدة عامة حرمت فى فروض استثنتها . وكان من شأن التوسع فى الاستثناء عند الفريقين ، خضوعا لمقتضيات الحياة العملية ، أن تقاربت الشرائع التى تحرم من الشرائع التى تبيح .

٦٩ — تعاقد الشخص مع نفسه فى التقنين المدنى المصرى : والأصل فى التقنين المدنى المصرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز . سواء فى ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلا فى بيع مال فاشتراه لنفسه[٢] ، أو تعاقد لحساب غيره وهو نائب عن طرفى العقد كما لو كان موكلا فى بيع مال فاشتراه لشخص وكله فى الشراء . ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده فى مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض فى الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصيلين ، وهو فى الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، ولا تتيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل فى كلتا الحالتين .

وتحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هى أن الشخص إذا أناب عنه غيره لم يقصد التوسع فى هذه الإنابة إلى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلا أو نائبا عن شخص آخر ، وإلا لعمد إلى التعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى الإنابة . فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك ، كان مجاوزاً لحدود النيابة ، فلا يكون تعاقده نافذاً فى حق الأصيل إلا إذا أقره

(١) وقد كان هذا داعياً من الناحية الفقهية لأن يذهب رأى إلى تحريم تعاقد الشخص مع نفسه ، لأن هذا التعاقد يجعلنا من الوجهة الواقعية ومن الوجهة القانونية معاً أمام إرادة واحدة لا إرادتين ، ومعروف أن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين . أما الذين يبيحون تعاقد الشخص مع نفسه ، فينقسمون إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقى توافق فيه القبول مع الإيجاب ، ولكن شخصاً واحداً هو الذى عبر عن كل من الإيجاب والقبول . وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوى إلا على إرادة منفردة جعلها القانون تنتج أثراً ، وهذا الرأى هو الذى يتفق مع منطق النيابة من أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل .

(٢) انظر المواد ٤٧٩ – ٤٨١ مدنى .

هذا(١) . على أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن يرخص مقدما ، كما جاز له أن يقر مؤخراً ، تصرف النائب . وينتقض القرينة أيضا نص القانون أو قواعد التجارة . مثل النص القانونى ما تقضى به المادة ١٤ من قانون الولاية على المال من أن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك . ومثل ما تقضى به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى .

وقد أوردت المادة ١٠٨ مدنى هذه الأحكام ، فنصت على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة »(٢) .

المطلب الثانى

توافق الإرادتين

٧٠ — التمييز بين حالتين : قد يكون المتعاقدان موجودين معاً فى مجلس العقد عند التعاقد ، وقد يتعاقدان بالمراسلة وهما غير موجودين فى مجلس واحد .

فنستعرض كلا من هاتين الحالتين : (١) حالة ما إذا ضم المتعاقدين مجلس واحد (٢) حالة التعاقد فيما بين الغائبين .

§ ١ — المتعاقدان فى مجلس واحد

٧١ — الإيجاب والقبول : لابد لتمام العقد من صدور إيجاب من أى من المتعاقدين ، يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر . فنتكلم فى مسائل ثلاث :

(١) انظر نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٦٩ ص ١١٧٣ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٩ (مطابق) . الليبى م ١٠٨ (مطابق) — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

(١) صدور الإيجاب (٢) اقترانه بالقبول (٣) حالات خاصة فى القبول ، نستعرض فيها السكوت باعتباره قبولا والقبول فى عقود المزاد وفى عقود الإذعان .

(١) صدور الإيجاب

٧٢ — **المراحل التى يمر بها الايجاب** : قد يسبق الإيجاب البات مفاوضات بين المتعاقدين ، تطول أو تقصر . وقد تدور هذه المفاوضات مباشرة بين المتعاقدين ، أو عن طريق وسيط كسمسار مثلا . وقد يسبق الإيجاب دعوة إلى التعاقد ، فالنشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد لا تكون عادة إيجابا باتا وإنما تكون دعوة إلى التعاقد[1] . وهذه المرحلة من مراحل التعاقد لا ترتب فى الأصل أثراً قانونياً ، وكل متفاوض حر فى قطع المفاوضة فى أى وقت يريد ، كما أن كل دعوة إلى التعاقد يجوز العدول عنها . على أن العدول عن المفاوضات أو عن الدعوة إلى التعاقد قد يرتب مسئولية على من عدل إذا اقترن العدول بخطأ منه ، كما إذا أثبت الطرف الآخر أن الطرف الذى عدل لم يكن جاداً أو كان جاداً ولكن لم يخطره بالعدول فى الوقت المناسب ، والمسئولية هنا ليست مسئولية عقدية بل هى مسئولية تقصيرية .

فإذا خرج الإيجاب من مرحلة المفاوضة ، جاز أن يدخل فى مرحلة التعليق : مثل ذلك أن يعرض شخص على الجمهور سلعة ذات كمية محدودة يعين ثمنها ، فيتم العقد مع من قبل أولا ، وتراعى الأسبقية فى القبول حتى تنفد السلعة . فالإيجاب هنا إيجاب معلق على شرط ، هو عدم نفاد السلعة عند القبول .

ويخرج الإيجاب من مرحلة المفاوضة ومن مرحلة التعليق ، فيصبح إيجاباً باتاً ، طبقاً لإرادة المتعاقدين ووفقاً لظروف كل حالة . وتقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذه المرحلة النهائية هو من مسائل الواقع ، لا من مسائل القانون .

٧٣ — **القوة الملزمة للايجاب** : فإذا خلص هذا الإيجاب ، فما هى قوته الملزمة ؟ ونعنى بقوة الإيجاب الملزمة أن يكون الموجب ملزماً بالبقاء على إيجابه إلى وقت معلوم فلا يستطيع الرجوع فيه قبل انتهاء هذا الوقت ، لا أن يكون

---

(١) ولكن عرض البضائع على الجمهور مع بيان ثمنها يعتبر إيجابا باتا .

الموجب ملتزما بالعقد الذى أوجب له لأن هذا العقد لم يتم ولن يتم إلا بعد أن يقترن به القبول[١]. وتجيب المادة ٩٣ مدنى على السؤال المتقدم بما يأتى : « ١ – إذا عين ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ – وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة »[٢] .

فالإيجاب لا يكون ملزما إلا إذا عين فيه ميعاد لاقتران القبول به ، سواء كان تعيين الميعاد صريحاً أو مستخلصاً من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة . ويستخلص الميعاد من ظروف الحال إذا تقدم شخص بعطاء فى مناقصة « بالمظاريف » ، فهذا العطاء إيجاب مقترن بميعاد ضمنى هو الوقت الذى تفض فيه المظاريف ويرسو العطاء ، فيكون الإيجاب ملزماً إلى هذا الوقت . ويستخلص الميعاد من طبيعة المعاملة إذا صدر الإيجاب لغائب . فما لم يحدد صراحة ميعاد للقبول وجب أن يكون هذا الميعاد هو الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون

---

(١) ولم يرد فى التقنين المدنى السابق نص يجعل الموجب ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة الكافية لاقتران القبول بالإيجاب . فكان القضاء يذهب إلى أن للموجب أن يعدل عن إيجابه مادام الإيجاب لم يقترن به القبول (استئناف مختلط ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٣٢ – ١٣ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٨) . ولكنه ذهب مع ذلك إلى أن الإيجاب المقرون بأجل يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طول هذا الأجل – سواء حدد الأجل صراحة أو ضمناً . وبنى هذا ، لا على أساس الإرادة المنفردة ، بل على أساس أن هناك عقداً تم بين الموجب والموجب له يلزم الأول بألا يعدل عن إيجابه المدة المحددة ، وقد تم هذا العقد بقبول ضمنى من الموجب له أو بسكوته لأن هذا الأجل فى مصلحته . فكأن الإيجاب مكون من شقين ، شق رئيسى هو الذى يتضمن موضوع التعاقد ، وشق ثانوى بموجبه يرضى الموجب أن يبقى على إيجابه لا يعدل عنه مدة معينة . فالشق الثانوى يقترن به سكوت الموجب له فيتكون عقد ثانوى يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه . والشق الأصلى يقترن به قبول من الموجب له فيتكون العقد الأصلى (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٠ – ٢٣ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٢) . وذهب القضاء أيضاً إلى أن عدول الموجب عن إيجابه فى وقت غير مناسب قد يجعل للموجب له حقاً فى التعويض على أساس المسئولية التقصيرية (محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ٦ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ١٧ ص ١٣) . أما الفقه فكان يقول أيضاً مع القضاء بأن الإيجاب يلزم مدة الأجل ، ولكنه كان يتناوب فى تفسير هذه القوة الملزمة بين هذه النظريات الثلاث : نظرية الإرادة المنفردة ونظرية العقد الضمنى ونظرية المسئولية التقصيرية (نظرية العقد للمؤلف ص ٢٤٤ – ص ٢٤٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٤ (مطابق) – التقنين المدنى الليبى م ٩٣ (مطابق) – التقنين المدنى العراقى م ٨٤ (موافق) – تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٧٩ (موافق) .

قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد . وللموجب أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر[١] .

فإذا ما حددت المدة صراحة أو ضمناً ، بقى الموجب ملتزماً بالبقاء على إيجابه طول هذه المدة[٢] . والتزامه هذا مصدره الإيجاب ذاته . أى إرادة الموجب المنفردة ، فقد نص القانون كما رأينا على أنها ملزمة[٣] .

أما إذا لم تحدد مدة للقبول لا صراحة ولا ضمناً ، فإن الإيجاب لا يكون ملزماً ولو أنه إيجاب قائم[٤] . ومن ثم يجوز للموجب الرجوع فيه فى أى وقت شاء ، ما دام أنه لم يقترن بالقبول . ونرى من ذلك أن الإيجاب قد يكون قائماً ملزماً ، وقد يكون قائماً غير ملزم .

٧٤ — **سقوط الإيجاب** : فإذا كان الإيجاب قائما ملزما . فإنه يسقط فى حالتين : (١) إذا انقضت المدة التى حددت لاقتران القبول به . (٢) وإذا رفضه من وجه إليه ولو قبل انقضاء هذه المدة .

وإذا كان الإيجاب قائماً غير ملزم ، وهذا لا يكون إلا فى التعاقد ما بين حاضرين فى مجلس العقد ، فإنه يسقط أيضا فى حالتين : (١) إذا انفض مجلس العقد دون أن يقترن به القبول . (٢) إذا رجع فيه الموجب قبل اقتران القبول به ولو قبل انفضاض مجلس العقد .

---

(١) وغنى عن البيان أننا خرجنا فى المثل الأخير عن نطاق التعاقد فيما بين حاضرين إلى نطاق التعاقد فيما بين الغائبين .

(٢) ولكن يجب أولا أن يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه ومن ذلك الوقت يصير ملزماً للموجب ، فإذا عدل الموجب عنه قبل وصوله إلى الطرف الآخر ، وصل العدول غير متأخر عن وصول الإيجاب الأصلى ، فإن العدول يصح فى هذه الحالة ، وإلا فإنه لا يصح (نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٤٠ ص ٣٠٩) .

(٣) فإذا رجع الموجب فى إيجابه الملزم قبل انقضاء المدة ، لم يكن لرجوعه أثر ، وبقى الإيجاب قائماً يجوز أن يقترن به القبول فيتم العقد .

(٤) ويبقى قائماً مادام الموجب لم يرجع فيه ، فإذا صدر القبول وقت قيامه تم العقد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم يعين ميعاد القبول فإن الإيجاب لا يسقط إلا إذا عدل عنه الموجب ، فإن بقى الموجب على إيجابه حتى صدر القبول من المعروض عليه الإيجاب فقد تم العقد بتلاقى الإرادتين ، ومن ثم فلا يجوز بعد ذلك لأى من الطرفين بإرادته المنفردة التنصل منه أو التحلل من آثاره (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧٨ ص ٥٥٠) .

فإذا سقط الإيجاب فى حالة من هذه الحالات الأربع ، فكل قبول يأتى بعد ذلك يكون متأخرا لا يعتد به على إعتبار أنه قبول لإيجاب سابق . ولكن يصح أن يكون هذا القبول المتأخر إيجابا جديدا موجها لمن صدر منه الإيجاب الأول الذى سقط ، فإذا قبله هذا تم العقد .

(ب) اقتران الإيجاب بالقبول

٧٥ — يصح القبول مدة قيام الإيجاب — مجلس العقد : يصح القبول ما دام الإيجاب قائماً لم يرجع فيه الموجب ولم يسقط لسبب آخر . فإذا كان التعاقد بين حاضرين فى مجلس واحد ، ولم يشتمل الإيجاب على أجل محدد للقبول ، صح القبول ما دام مجلس العقد لم ينفض ، فإذا ما انفض المجلس قبل أن يصدر القبول لم يصح القبول بعد ذلك . وفى هذا الصدد تنص المادة ٩٤ مدنى على ما يأتى : « ١ — إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التلفون أو بأى طريق مماثل . ٢ — ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول . وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد »(١) .

ويتبين من هذا النص أن من وجه إليه القبول — إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو اتحد حكماً كما فى التعاقد بالتلفون أو بأى طريق مماثل — يجب عليه كمبدأ عام أن يصدر قبوله فورا بمجرد صدور الإيجاب وعلمه به ، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب والقبول . وهـذا الوضع ، وهو مأخوذ من التقنينات الحديثة(٢) ، يقتضى أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط ، وفى هذا من الحرج ما لا يخفى . فلطف التقنين المدنى الجديد من حدة هذا الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية ، فنقل عنها نظرية مجلس العقد ، وجعل الإيجاب يبقى قائما ما دام مجلس العقد لم ينفض . ومجلس العقد هو المكان الذى يضم المتعاقدين ، ويبقيان فيه منشغلين بالتعاقد ، دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٥ (مطابق) — الليبى م ٩٤ (مطابق) — العراقى م ٨٢ (موافق) — اللبنانى م ١٨٣ (موافق) .

(٢) انظر م ٤ من تقنين الالتزامات السويسرى وم ١/١٤٧ من التقنين المدنى الألمانى .

ويخلص مما تقدم أنه إذا اجتمع المتعاقدان فى مجلس العقد وأصدر أحدهما إيجابا للآخر ، فليس من الضرورى أن يكون القبول فوراً ، بل يجوز أن يتدبر الطرف الآخر أمر التعاقد شيئا من الوقت ، حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحا بشرطين : (١) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بالتعاقد ، فإذا انصرف أى منهما إلى شيء آخر اعتبر مجلس العقد قد انفض وسقط الإيجاب . (٢) أن يبقى الموجب على إيجابه إلى أن يصدر القبول . وهذا الوضع المستمد من الشريعة الإسلامية وضع عملى معقول ، ولم تعد الفورية فى القبول لازمة ، بل يجوز فيه التراخى مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدان بغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه .

وغنى عن البيان ألا تحتيم فى القبول ، فمن وجه إليه إيجاب كان بالخيار بين قبوله أو رفضه (١) .

٧٦ — وجوب مطابقة القبول للإيجاب : وإذا اختار الطرف الآخر قبول الإيجاب الموجه إليه ، وجب أن يكون قبوله مطابقا للإيجاب كل المطابقة . أما إذا اختلف عن الإيجاب بأن زاد عليه أو نقص فيه أو عدله ، اعتبر هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديدا . فإذا طلب البائع ثمنا للمبيع ألفا حالة ، وقبل المشترى أن يدفع تسعمائة ، أو ألفا مؤجلة ، أو ألفا حالة على أن يزيد البائع فى المبيع ، لم

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا الصدد ، حذف اكتفاء بالقواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من المشروع تنص على أنه « يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا إليه ، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة » . والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالتجار فى النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم للطارق ، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل فى صناعاتهم . فإذا استجيبت هذه الدعوة إلى التعاقد ، كانت الاستجابة إيجابا يمتاز بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع . فإن رفضه دون أن يكون للرفض سبب مشروع كان هذا تعسفاً ، وكان الجزاء التعويض . ويجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال إذا كان هذا كافياً ، كما يجوز للقاضى فى بعض الفروض أن يعتبر أن العقد قد تم إذا كان فى الظروف مايوجب ذلك (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤ فى الهامش) .

يتم البيع . واعتبر هذا القبول إيجابا جديداً من المشترى وللبائع أن يقبله أو يرفضه[١].
وهذا ما تقضى به المادة ٩٦ مدنى إذ تنص على ما يأتى : « إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه . اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديداً »[٢].

ولا يكفى أن يطابق القبول الإيجاب فى المسائل الجوهرية فى العقد ، بل يجب أيضا أن يطابقه فى جميع المسائل المتعاقد عليها . وهذا لا يمنع من أن يترك المتعاقدان كثيراً من المسائل التفصيلية دون ذكر ، فتسرى عليها القواعد العامة . فإذا اتفق المؤجر والمستأجر على العين المؤجرة والأجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية ، ولم يعرضا فى تعاقدهما لمن يتحمل ضريبة « الخفر » أو أجرة البواب أو اشتراك المياه ، تم عقد الإيجار بالرغم من ذلك . وتركت هذه المسائل التفصيلية للعرف. لكن إذا عرض المتعاقدان فعلا لهذه المسائل التفصيلية ولم يتفقا عليها . فاحتفظا بها لتكون محلا للاتفاق فيما بعد . واشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، لم يتم العقد إلا إذا اتفقا على جميع هذه المسائل . أما إذا لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن القانون يفترض أن المتعاقدين قد أرادا إتمام العقد على كل حال ، وإذا قام خلاف بينهما على هذه المسائل فإن العقد يعتبر قد تم بالرغم من ذلك ، ويبت القاضى فى المسائل التفصيلية المختلف عليها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . وهذا ما تقضى به المادة ٩٥ مدنى إذ تقول : « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة »[٣]. والذى يبرر هذا الحكم الذى تخرج فيه مهمة القاضى عن المألوف من عمله ــ فهو هنا لا يقتصر على تفسير العقد بل يساهم فى صنعه ــ أن المسائل التى احتفظ بها المتعاقدان

---

(١) نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩٦ ص ٧٤١ – ٣ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٣ ص ٦٥٣ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٧ (مطابق) – الليبى م ٩٦ (مطابق) – العراقى م ١/٨٦ (موافق) – اللبنانى م ١٨٢ (موافق) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٦ (مطابق) – الليبى م ٩٥ (مطابق) – العراقى م ٢/٨٦ (مطابق) – اللبنانى لا مقابل .

للاتفاق عليها فيما بعد مسائل تفصيلية فافترض القانون أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى إبرام العقد حتى لو لم يتفقا على هذه المسائل ، ما دام أنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها[1] .

(ج) حالات خاصة فى القبول

٧٧ — **مجرد السكوت قد يكون قبولا**[*] : لا يتصور أن يكون مجرد السكوت إيجاباً . أما أن يكون قبولا ، فيمكن القول بوجه عام إن السكوت فى ذاته ، مجرداً عن أى ظرف ملابس له ، لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولا ، لأن الإرادة عمل إيجابى والسكوت أمر سلبى . ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية « لا ينسب لساكت قول » . فإذا أرسل لشخص مجلة أو جريدة دون سابق اتفاق ، لم يعتبر قبولا منه للاشتراك فيها مجرد امتناعه عن رد المجلة حتى لو ذكر فيها أن عدم الرد يعد قبولا للاشتراك ، فالسكوت هنا لا يعد قبولا[2] .

على أن هذا المبدأ العام يستثنى منه السكوت إذا أحاطت به ظروف ملابسة من شأنها أن تجعله يدل على الرضاء ، فيعتبر السكوت فى هذه الحالة الاستثنائية قبولا . وهذه الظروف الملابسة ضرب لها التقنين المدنى الأمثلة الثلاثة الآتية : (١) طبيعة المعاملة أو العرف التجارى : فطبيعة المعاملة كما إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف فى « الفاتورة » شروطاً مستجدة سكت عنها المشترى ولم يبادر إلى رفضها ، والعرف التجارى كما إذا أرسل المصرف بياناً لعميله عن

---

(١) أما إذا كانت المسائل المحتفظ بها مسائل جوهرية ، فالمفروض أن المتعاقدين قد قصدا ألا يبرم العقد قبل الاتفاق عليها .

(*) مراجع : ديموج فى الالتزامات جزء أول فقرة ١٨٥ وما بعدها وجزء ٢ فقرة ٥٥٦ — ڤاليرى فى التعاقد بالمراسلة فقرة ٢١ وما بعدها — بارولت فى السكوت باعتباره منشئاً للالتزامات ديچون سنة ١٩١٢ — كوهن فى التعاقد بالمراسلة باريس سنة ١٩٢١ ص ١٠٣ وما بعدها — ليڤى ديچون سنة ١٩٢٧ — كوهين (Cohin) فى العمل السلبى الخاطئ باريس سنة ١٩٢٩ — بنكاز تكملة بودرى ٢ فقرة ٣٩٥ .

(٢) على أنه قد يستخلص القبول من أعمال مادية إيجابية ، كأن يواظب الشخص على تسلم المجلة وقراءتها بانتظام .

حسابه فى المصرف وذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له[١] . (٢) تعامل سابق بين المتعاقدين : فإذا طلب العميل من التاجر شيئاً ، وقد عوده التاجر فى معاملات سابقة أن يرسل له ما يطلبه ، كان للعميل أن يعتبر سكوت التاجر فى هذه المرة أيضاً قبولا . وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ، فيستخلص السكوت قبولا إذا كان العقد الجديد من مكملات تنفيذ العقد السابق أو معدلا له أو فاسخاً . (٣) تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه : وذلك كالهبة تعرض على الموهوب له فيسكت ، فيعتبر سكوته قبولا . وقد أوردت المادة ٩٨ مدنى هذه الأحكام فنصت على ما يأتى : « ١ – إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب . ٢ – ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل . أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه »[٢] .

وهذه الأمثلة لم ترد على سبيل الحصر ، فكل سكوت تحيطه ملابسات تدل على الرضاء فهو سكوت ملابس (silence circonstancié) ويعتبر قبولا . فإذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة وسكت على ذلك ، فإن سكوته يعتبر إقراراً . وإذا علم المالك الحقيقى فى بيع ملك الغير بالبيع وسكت دون عذر ، كان سكوته إقراراً للبيع .

٧٨ – القبول فى عقود المزاد : قد يتم العقد عن طريق المزايدة لا عن طريق المهارسة ، كالبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة ، وكبيع أموال ناقص الأهلية ، وكالبيع الاختيارى بطريق المزاد ، وكإيجار بعض الجهات الحكومية ووزارة الأوقاف لعقاراتها بطريق المزاد . وفى عقود المزاد

---

(١) استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١١ – وتستثنى حالة الغلط فى الحساب والحذف والإضافة والتزوير وما إلى ذلك ، فمثل هذا يصحح .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٩ (مطابق) – الليبى م ٩٨ (مطابق) – العراقى م ٨١ (موافق) – اللبنانى م ١٨٠ (موافق) .

قد يظن أن طرح الصفقة فى المزاد هو الإيجاب ، والتقدم بالعطاء هو القبول . وليس هذا صحيحاً . فإن طرح الصفقة فى المزاد لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء ، والتقدم بعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد ، ويكون عبارة عن إرساء المزاد على من يرسو عليه(١). وقد أوردت المادة ٩٩ مدنى هذه الأحكام ، فنصت على أنه « لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا »(٢). والعطاء يكون باطلا إذا صدر مثلا من شخص يحرم عليه التعاقد فى الصفقة المطروحة فى المزاد كقاض يتقدم بعطاء فى مزاد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع فى اختصاصه ، ويكون قابلا للإبطال إذا صدر مثلاً من قاصر أو محجور عليه . فإذا بطل العطاء اللاحق ، لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذى تقدمه . ذلك أن العطاء اللاحق يبطل العطاء السابق ، لا باعتباره تصرفاً

---

(١) نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٣ ص ٦٨ . فإذا احتاج إرساء المزاد إلى تصديق من جهة حكومية أو من المحكمة أو من أية جهة أخرى ، فإن القبول لا يتم إلا بهذا التصديق . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العطاء الذى يتقدم به شخص فى بيع يجرى بالمزاد العلنى أمام المجلس الحسبى ، ثم يرجع فيه قبل موافقة المجلس ، يعتبر إيجاباً يجب أن يتعلق به قبول المجلس ، ويجوز على ذلك الرجوع فيه قبل القبول (استئناف مصر ٩ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٢٨١) . وإذا صح هذا الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان الإيجاب غير ملزم أصلا ، فإنه لا يصح فى عهد التقنين المدنى الجديد إذ الإيجاب هنا قد حدد له ضمناً أجل هو المدة اللازمة لبت المجلس الحسبى فى المسألة ، فيكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه إلى أن يتم هذا البت .

وإذا أرسى من طرح الصفقة المزاد على من رسا عليه ، فهذا هو القبول كما قدمنا ويتم به العقد ، ولا يجوز للراسى عليه المزاد الرجوع فيه بعد ذلك ، ولا عبرة بتحرير العقد لأن العقد ليس إلا السند الكتابى للبيع الذى وقع قبل ذلك (استئناف مصر ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٣١٧ ص ٣٧٢) .

وقد يشترط من يطرح الصفقة فى المزاد أن له الخيار بلا قيد فى قبول أى عطاء أو رفضه ، فيكون الشرط صحيحاً (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٩ ص ٤٤٣).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٠ (مطابق) — الليبى م ٩٩ (مطابق) — العراقى م ١٨٩ (موافق) — اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يقرر حكماً يتفق مع القواعد العامة) .

قانونياً . بل باعتباره واقعة مادية . ولا يمنع العطاء اللاحق أن يكون واقعة مادية أنه وقع باطلا أو أبطل باعتباره تصرفاً قانونياً .

٧٩ — القبول في عقود الإذعان(*) : عقـــود الإذعان (cosntrats d'adhésion) تكون في منطقة معينة تحددها الخصائص الآتية : (١) تعلق العقد بسلع أو بمرافق تعتبر من الضروريات . (٢) احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً . (٣) صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة . ويغلب أن يكون ذلك في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب[1] . وأمثلة هذه العقود كثيرة . فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز . ومع مصالح البريد والتلغراف والتليفون . وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطيارات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة . وعقد العمل في الصناعات الكبرى ، كل هذا يدخل في منطقة عقود الإذعان .

والقبول في هذه العقود هو مجرد إذعان للشروط المعروضة من الموجب ، إذ الموجب كما قررنا يعرض إيجابه في شكل بات نهائي لا يقبل مناقشة فيه . ولا يملك الطرف الآخر إلا أن يأخذ أو يدع . وهو لا يستطيع أن يدع لأن الشيء الذي يتعاقد عليه لا غناء له عنه . فهو إذن مضطر إلى القبول . وقد نصت المادة

(*) مراجع : سالى في إعلان الإرادة ص ٢٢٩ ومابعدها — ديموج في الالتزامات ٢ فقرة ٦١٦ وما بعدها — ريبير في القاعدة الخلقية في الالتزامات ص ٥٥ ومابعدها — ديريه (Dereux) في تفسير الأعمال القانونية رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ ص ١٥٢ وص ٢١٠ — جونو (Gounot) في مبدأ سلطان الإرادة رسالة من ديچون سنة ١٩٠٩ ص ٢٢٧ وما بعدها — فورتييه (Fortier) رسالة من ديچون سنة ١٩٠٩ — پيشون (Pichon) رسالة من ليون سنة ١٩١٣ — سان ريمى (Saint-Rémy) في مراجعة الشروط التعسفية في عقود الإذعان رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ — ميسول (Missol) في عقد التأمين كعقد من عقود الإذعان رسالة من باريس سنة ١٩٣٤ — عبد المنعم فرج الصدة في عقود الإذعان رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٦ .

(١) مثل ذلك الشروط المطبوعة في عقود النقل والتأمين والإيجار واللوائح المطبوعة للسكك الحديدية وشركات الملاحة وشركات الطيران ولوائح الخدمة المطبوعة للعمال في المصانع —=

١٠٠ مدنى فى هذا المعنى على أن « القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها »[١] .

ومن ثم تقدم المشرع لحماية الطرف المذعن ، فنظم التقنين المدنى بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين ، وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة[٢] . وهذه النصوص العامة نصان :

(النص الأول) هو المادة ١٤٩ مدنى وتقضى بأنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك »[٣] . وهذا النص فى عمومه وشموله أداة قوية فى يد القاضى يحمى بها المستهلك من الشروط التعسفية التى تفرضها عليه شركات الاحتكار . فإذا كشف القاضى ، بحسب تقديره ، شرطاً تعسفياً فى عقد إذعان ، فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف ، بل له أن يلغيه[٤] ، ولم يرسم المشرع له

= وقد قضت محكمة النقض بأن من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين ، ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وأن يكون صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة . وإذن فتى كانت الحكومة قد شهرت شروط مناقصة فى عملية إنشاء طريق ، وكان من مقتضى هذه الشروط أن يتقدم كل ذى عطاء بشروط العمل وتحديد زمنه وتكاليفه ، لم يكن الإيجاب فيه مستمراً لزمن غير محدد ، وكان لكل إنسان حرية القبول أو الرفض فى تقديم عطائه أصلا أو فى تضمينه الشروط التى يرتضيها وتلك التى لا يقبلها ، فإن التعاقد عن هذه العملية لا يعتبر عقداً من عقود الإذعان (نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٩ ص ٧٨٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠١ (مطابق) – الليبى م ١٠٠ (مطابق) – العراقى م ١٦٧/١ (موافق) – اللبنانى م ١٧٢/٢ (موافق) .

(٢) على أن كثيراً من فقهاء القانون العام ينكرون على عقد الإذعان صفة العقد ، ويعتبرونه مركزاً قانونياً منظماً (institution) . ولكن فقهاء القانون الخاص لا يقرون هذا النظر ، ويعتبرون عقد الإذعان عقداً كسائر العقود ، ولكن الملابسات التى أحاطت به اقتضت تدخل المشرع لتنظيمه بقصد حماية الطرف المذعن .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٠ (مطابق) – الليبى م ١٤٩ (مطابق) – العراقى م ١٦٧/٢ (موافق) – اللبنانى لا مقابل .

(٤) هذا إذا كان الشرط تعسفياً ، فإن لم يكن وجب احترامه والعمل به . وقد قضت =

حدودا فى ذلك إلا ما تقتضيه العدالة : ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضى سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فإن هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، ولو صح للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً (clause de style) فى عقودها .

(والنص الثانى) هو المادة ١٥١ مدنى وتقضى بأنه « ١ - يفسر الشك فى مصلحة المدين . ٢ - ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن »[١] . فالشك إذن يفسر لمصلحة الطرف المذعن ، مدينا كان أو دائنا[٢] ، إذ « المفروض أن العاقد الآخر ، وهو أقوى العاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينة . فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطأه وتقصيره وحمل تبعته ، لأنه يعتبر متسببا فى هذا الغموض من وجه »[٣] .

= محكمة النقض بأن ما يسوغ إبطاله فى عقد التأمين يقتصر على الشروط التعسفية المناقضة لجوهر العقد ، فالنص فى عقد التأمين على أنه لا يشمل بصفة خاصة مايقع من الحوادث والأضرار نتيجة تحميل السيارة أكثر من حمولتها المقررة رسمياً أو نتيجة عدم العناية بها ليس من الشروط القائمة على التعسف أو المناقضة لجوهر العقد (نقض مدنى ٢١ أبريل سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٥٠ ص ٣٣٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٢ (مطابق) - الليبى م ١٥٠ - ١٥١ (موافق) وم ١٥٣ (مطابق) - العراقى م ١٦٧ / ٣ (موافق) - اللبنانى لا مقابل .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن عقد التأمين يفسر لمصلحة المؤمن له ولوكان دائناً (٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) . وتتشدد المحاكم فى إعمال شرط من شروط الإسقاط فى بوليصة التأمين (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٨ - ١٧ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٨٦) . ومن باب أولى يفسر عقد التأمين لمصلحة المؤمن له إذا كان مديناً ، وقد قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بأن اعتياد شركة التأمين على أن تقصد المؤمن له فى محل إقامته لتستوفى الأقساط يلغى الشرط القاضى بأن الدفع يكون فى محل الشركة (١٦ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ٩٣ ص ٨٧) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٠ .

§ ٢ - المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد

التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين(*)

(Contrat par correspondance ou entre absents)

٨٠ — **تحديد الموضوع** : قد يتم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد ، فيكون ذلك بالمراسلة عن طريق البريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائبا . وليس الذى يميز التعاقد بين غائبين ، فى الواقع من الأمر ، هو ألا يجتمع المتعاقدان فى مجلس واحد ، بل إن المميز هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به . ففى التعاقد بين حاضرين تنمحى هذه الفترة من الزمن ، ويعلم الموجب بالقبول فور صدوره . أما فى التعاقد بين غائبين ، فإن القبول يصدر ، ثم تمضى فترة من الوقت هى المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب ، فوجب أن نتساءل متى يتم العقد إذن وفى أى مكان ؟ أيتم وقت صدور القبول وفى مكان صدوره ، أم يتم وقت علم الموجب بالقبول وفى مكان العلم به ؟(١) .

ونستعرض هذه المسألة فى الفقه ثم فى أحكام التقنين المدنى .

(*) مراجع : پيتى (Petit) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ — أوبير (Aubert) رسالة من باريس سنة ١٨٩٤ — ڤاليرى (Valéry) فى التعاقد بالمراسلة سنة ١٨٩٥ — ماركاچى Marcaggi رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ — موريس (Maurus) رسالة من تولوز سنة ١٩٠٥ — كوهين (Coben) رسالة من باريس سنة ١٩٢١ (فى القانون المقارن) — سالى فى إعلان الإرادة ص ١١٨ وما بعدها — ديموج ٢ فقرة ٢٤٢ وما بعدها .

(١) ومن ثم إذا أمكن تصور تعاقد ما بين غائبين لا يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به — كما هى الحال فى التعاقد بالتلفون — فإن قواعد التعاقد ما بين حاضرين هى التى تنطبق ، ولا يعود ثمة محل للتساؤل متى يتم العقد ، فإن وقت صدور القبول هو نفس الوقت الذى يعلم به الموجب بالقبول . والتساؤل لا يكون إلا فى خصوص المكان ، فإن التعاقد بالتلفون إذا كان من حيث الزمان بمثابة تعاقد بين حاضرين ، فإنه من حيث المكان تعاقد بين غائبين .

وإذا أمكن تصور تعاقد بين حاضرين يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به — كما لو قبل شخص إيجابا صدر من أصم وهما فى مجلس واحد ، فلم يسمع الموجب القبول ، فكتبه له الطرف الآخر ، فعلم الموجب بالقبول بعد مضى وقت من صدوره — قام التساؤل متى يتم العقد ، وقت صدور القبول أو وقت العلم به ، ووجب أن تطبق قواعد التعاقد ما بين غائبين .

هذا وغنى عن البيان أنه لا يعتبر تعاقداً بين غائبين إبرام عقد بين طرف ونائب عن الطرف الآخر ، إذا كان كل منهما حاضراً فى مجلس العقد ، إذ أن حضور النائب يغنى عن حضور الأصيل (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٣) .

(ا) النظريات الفقهية

٨١ — **نظريات أربع** : إذا نحن وقفنا عند صدور القبول ، فعلينا أن نختار بين الوقت الذى أعلن فيه القابل قبوله وهذه هى نظرية إعلان القبول (système de déclaration) . والوقت الذى يخرج فيه هذا القبول من يده فى طريقه إلى الموجب وهذه هى نظرية تصدير القبول (système d'expédition) .

أما إذا وقفنا عند العلم بالقبول ، فعلينا أن نختار أيضا بين الوقت الذى يصل فيه القبول إلى الموجب فنفرض علمه به وهذه هى نظرية تسلم القبول (système de réception) ، والوقت الذى يعلم فيه الموجب فعلا بالقبول وهذه هى نظرية العلم بالقبول (système d'information) .

٨٢ — **نظرية إعلان القبول** : يحتج أنصار هذه النظرية لنظريتهم بأنها هى المنطبقة على القواعد العامة ، فالعقد توافق إرادتين ، ومتى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب فقد توافقت الإرادتان وتم العقد . هذا إلى أن هذه النظرية هى التى تتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة فى التعامل .

ولكن يؤخذ عليها أنها فى الواقع من الأمر تخرج على القواعد العامة على النقيض مما يزعم أنصارها ، فالقبول إرادة ، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها فكان ، ينبغى ألا ينتج القبول أثره وقت إعلانه وقبل العلم به .

٨٣ — **نظرية تصدير القبول** : وهذه النظرية تتفق فى جوهرها مع النظرية الأولى فى الاكتفاء بإعلان القبول ، ولكنها تشترط أن يكون هذا الإعلان نهائيا لا رجوع فيه . ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث به فعلا إلى الموجب بحيث لا يملك استرداده ، بأن ألقاه فى صندوق البريد أو سلمه لعامل البرق أو أبلغه الرسول فانطلق به .

ويؤخذ على هذه النظرية أنه إذا كان إعلان القبول كافيا لتمام العقد ، فليس من المنطق أن يزيده التصدير أية قيمة قانونية . على أن القبول ، حتى إذا أصدر ، يمكن استرداده كما تقضى لوائح البريد فى كثير من البلاد .

٨٤ — **نظرية تسلم القبول** : وأنصار هذه النظرية يرون أن القبول لا يكون نهائيا بتصديره إذ يمكن استرداده وهو فى الطريق ، وهو لا يكون

نهائياً لا يسترد إلا إذا تسلمه الموجب . ففى هذا الوقت يتم العقد ، سواء علم الموجب أو لم يعلم ، على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم هذا به .

ونرى من ذلك أن نظرية تسلم القبول تتأرجح بين نظريتى التصدير والعلم : فهى بين أن تكون قد أخذت بنظرية التصدير مستأنية حتى يصل القبول إلى الموجب ، ويؤخذ عليها أن وصول القبول إلى الموجب لا يزيد القبول شيئاً من الناحية القانونية . وبين أن تكون قد أخذت بنظرية العلم متعجلة إذ تجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم ، ويؤخذ عليها حينئذ أن هذه القرينة إذا كانت قاطعة أعوزها النص ، وإذا كانت غير قاطعة فقدت النظرية استقلالها واختلطت بنظرية العلم بالقبول .

٨٥ — نظرية العلم بالقبول : وهذه هى النظرية التى يجب الوقوف عندها ، لأنها هى المتفقة مع القواعد العامة . فهى لا تكتفى من القبول بإعلانه أو بتصديره أو بوصوله إلى الموجب ، بل تشترط علم الموجب به ، شأن كل إرادة لا يترتب عليها أثر إلا عند العلم بها . ووصول القبول إلى الموجب ليس إلا قرينة على هذا العلم ، وهى قرينة تقبل إثبات العكس .

٨٦ — النتائج التى تترتب على الأخذ بنظرية دون أخرى : ونرى مما تقدم أن النظريتين الرئيسيتين هما نظرية إعلان القبول ونظرية العلم بالقبول . أما النظريتان الأخريان فليستا إلا فرعاً عن النظريتين الأوليين . ونقارن هنا بين النظريتين الرئيسيتين فى النتائج الهامة التى تترتب على كل منهما . فيتبين الفرق بينهما فيما يأتى :

١ — إذا عدل الموجب عن إيجابه ووصل العدول إلى علم القابل بعد إعلان القبول وقبل علم الموجب به ، فإن العقد يتم وفقاً لنظرية الإعلان ، ولا يتم وفقاً لنظرية العلم . كذلك من صدر منه القبول لو عدل عنه ووصل العدول إلى الموجب غير متأخر عن وصول القبول ، فإن العقد يتم وفقاً لنظرية الإعلان ، ولا يتم وفقاً لنظرية العلم .

٢ — قد يشترط البائع على المشترى ميعاداً يسرى من وقت تمام البيع لتجربة المبيع ، فإن لم يرفضه المشترى قبل انقضاء هذا الميعاد أصبح البيع باتاً لا يجوز

فسخه . فيسرى هذا الميعاد من وقت إعلان قبول المشترى للبيع وفقاً لنظرية الإعلان ، ومن وقت علم البائع بقبول المشترى وفقاً لنظرية العلم .

٣ — العقود التى صدرت من تاجر شهر إفلاسه تتوقف صحتها على وقت تمامها ، ويختلف حظ هذه العقود بحسب ما إذا كانت قد تمت قبل فترة الريبة أو فى أثنائها . فتهم إذن معرفة وقت تمام العقد فى هذه العقود . فقد يعلن القبول قبل فترة الريبة ولا يصل العلم به إلا فى أثناء هذه الفترة ، فيختلف حكم العقد باختلاف النظرية التى نأخذ بها .

٤ — تقضى قواعد القانون الدولى الخاص بأن قانون العقد هو القانون الذى أراده المتعاقدان ، ويكون عادة هو قانون الجهة التى تم فيها العقد . فإذا تم عقد بين شخصين ، وكان من صدر منه الإيجاب موجوداً فى مصر وعلم بالقبول فيها ، وكان من صدر منه القبول موجوداً فى فرنسا وقت صدور القبول منه ، فإن العقد يخضع للقانون المصرى إذا أخذنا بنظرية العلم ، ويخضع للقانون الفرنسى إذا أخذنا بنظرية الإعلان[1] .

---

(١) ومن النتائج التى تترتب أيضاً : (ا) إذا كان العقد بيعاً واقعاً على منقول معين بالذات ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشترى من وقت تمام العقد ، وتكون الثمار للمشترى من ذلك الوقت ، أى من وقت العلم بالقبول ، إذا أخذنا بنظرية العلم ، أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بنظرية الإعلان . وكعقد البيع أى عقد آخر ناقل للملكية . (ب) فى دعوى تكملة الثمن للغبن فى بيع عقار القاصر يرجع فى تقدير العقار لمعرفة ما إذا كان هناك غبن يزيد على الخمس إلى وقت تمام البيع ، وقد تتغير قيمة العقار فى الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به . (ج) فى الدعوى البولصية لا يستطيع الدائن الطعن فى عقد صدر من مدينه إضراراً بحقه إلا إذا كان العقد متأخراً فى التاريخ عن الحق الثابت له فى ذمة المدين . فلو أن هذا الحق قد ثبت فى ذمة المدين فى الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به فى العقد الذى يريد الدائن الطعن فيه ، فإنه يجوز للدائن الطعن فى العقد وفقاً لنظرية العلم . ولا يجوز له ذلك وفقاً لنظرية الإعلان . (د) قد يتم ارتكاب الجريمة فى بعض الفروض بتمام عقد مدنى ، كجريمة التبديد فإنها تتم بتمام عقد البيع الذى يتصرف المبدد بموجبه فى الأشياء التى كان مؤتمناً عليها . فيهم أن نعرف فى أى مكان تم عقد البيع ، فإن هذا المكان هو الجهة التى وقعت فيها الجريمة ، ومحكمة هذه الجهة هى المحكمة المختصة بالنظر فى التبديد . فإذا فرض أن المبدد وقت أن باع كان فى بلد غير البلد الذى كان فيه المشترى ، فإن المحكمة المختصة تكون محكمة هذا البلد أو ذلك تبعاً للمذهب الذى يؤخذ به . وهذا المذهب هو الذى يحدد أيضاً وقت تمام العقد .

(ب) أحكام التقنين المدنى

٨٧ – التقنين المدنى السابق : لم يشتمل التقنين المدنى السابق على نص تشريعى فى هذه المسألة . وكان القضاء الوطنى يميل إلى الأخذ بنظرية العلم فى المسائل المدنية على الأقل ، أما القضاء المختلط فقد انقسم بين مذهبى العلم والقبول . وبقى الفقه حائراً حيرة القضاء . ولكنه اتجه أخيراً إلى الأخذ بنظرية العلم .

٨٨ – التقنين المدنى الجديد : وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بنص تشريعى صريح ، فقد قضت المادة ٩٧ مدنى بما يأتى : « ١ – يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك . ٢ – ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول » . وليس هذا النص إلا تطبيقاً لنص أعم ، هو نص المادة ٩١ مدنى ، وقد رأينا أنها تقضى بأن « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك »[1] .

ويؤخذ من النصوص المتقدمة أن تعيين الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد متروك لاتفاق المتعاقدين[2] . فإذا لم يتفق المتعاقدان على شىء ، ولم يوجد نص قانونى خاص[3] ، اعتبر العقد قد تم فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به ، ما لم يقم الموجب

---

(١) أما التقنين السورى (م ٩٨) فقد أخذ بنظرية الإعلان ، حتى يساير التقنين اللبنانى (م ١٨٤) لكثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تقضى المصلحة بتوحيد النصوص بين البلدين فى هذا الشأن .

ويأخذ التقنين العراقى (م ٨٧) والتقنين الليبى (م ٩٧) ، كالتقنين المصرى ، بنظرية العلم .

(٢) وتحديد ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على شىء فى هذا الصدد ، وما هو الشىء الذى اتفقا عليه ، من المسائل الموضوعية ، فلا رقابة فيه لمحكمة النقض .

(٣) مثل ذلك ما ورد فى المادة ٥٩٩ مدنى عن تجدد الإيجار تجدداً ضمنياً ببقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فيتم التجديد ببقاء المستأجر فى العين دون حاجة إلى أن يعلم بأن المؤجر لا يعترض على هذا البقاء .

الدليل على العكس[١] . ويخلص من ذلك أن التقنين المدنى الجديد قد أخذ بنظرية العلم بالقبول ، وهو فى هذا لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسى الذى يقضى بأن الإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها (٩١ مدنى) .

المطلب الثالث

مرحلة تمهيدية فى التعاقد

(الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائى والعربون)

§ ١ – الوعد بالتعاقد(*)

٨٩ – الصور العملية للوعد بالتعاقد : الوعد بالتعاقد غير نادر الوقوع فى الحياة العملية : يتوقع شخص حاجته فى المستقبل إلى أرض بجوار مصنعه أو منزله ، أو هو الآن فى حاجة إليها ولكن لا يستطيع شراءها فوراً ، فيكتفى بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته فى الشراء فى مدة معينة ، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر . يقوم المستأجر بإصلاحات هامة فى العين المؤجرة ، ويحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين له إذا رغب فى شرائها فى خلال مدة الإيجار حتى ينتفع بهذه الإصلاحات انتفاعا كاملا . يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته فى البيع فى خلال مدة الإيجار ، وهذا هو الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد يقابله الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فى الصورتين المتقدمتين[٢] .

---

(١) محكمة مصر الكلية ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ١٩٥ ص ٥٦١ .

(*) مراجع : ليدك (Luduc) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ – ديشان (Deschamps) رسالة من مونپلييه سنة ١٩٣٦ – كوهرييه (Coherier) رسالة من پواتييه سنة ١٩٣٩ .

(٢) وقد يجتمع الوعد بالبيع ملزماً لجانب واحد مع الوعد بالشراء ملزماً لجانب واحد ، أى تجتمع الصورتان المتقدمتان ، فيكون صاحب الشيء ملزماً ببيعه إذا أظهر المتعاقد الآخر رغبته فى الشراء ، ويكون المتعاقد الآخر ملزماً بالشراء إذا أظهر صاحب الشيء رغبته فى البيع . وهذا ما تمكن تسميته بالوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد . مثل ذلك صاحب دار يريد أن يحصل على وعد بشرائها ولا يظهر رغبته فى البيع إلا إذا عثر على أرض صالحة يشتريها بدلا من الدار ، فيتقدم له شخص ويتعهد معه وعدا بالشراء . ونفرض فى الوقت ذاته أن الواعد بالشراء =

٩٠ — كيف ينعقد الوعد بالتعاقد — الوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائى : الوعد بالتعاقد عقد كامل لا مجرد إيجاب ولكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائى . وعلى هذين الأساسين ترتكز كل القواعد التى سنقررها فى هذا الموضوع .

فأول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بالتعاقد وسط بين مجرد الإيجاب والتعاقد النهائى ، فالواعد بالبيع مثلا قد التزم بأن يبيع الشىء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته فى الشراء ، وهذا أكثر من إيجاب لأنه إيجاب اقترن به القبول فهو عقد كامل . ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع . ولذلك يكون الوعد بالتعاقد مرحلة دون التعاقد النهائى .

= يتوقع ظروفاً إذا وقعت تجعل شراءه للدار أمراً هاما ، كأن ينتقل إلى المدينة التى فيها الدار فيتخذ الدار سكناً له ، فيحصل من صاحب الدار على وعد ببيعها إياه . فهنا أيضاً تم عقد وعد بالبيع بين نفس الطرفين وبالنسبة إلى نفس الدار .

وقد يعترض بأن الطرفين فى هذه الحالة إنما يتعاقدان على وعد بالبيع وبالشراء ، وأن الوعد بالبيع ملزم لأحد الطرفين ببيع الدار ، والوعد بالشراء ملزم للطرف الآخر بشرائها ، فيكون الوعد بالبيع وبالشراء ملزما للجانبين ، هذا بالشراء ، وذاك بالبيع ، ويكون حقيقته بيعاً نهائياً أبرمه الطرفان . ولكن هذا الاعتراض لا أساس له ، لأن الطرفين لم يريدا هذا الوضع ، وإنما أرادا أن يلتزم أحدهما ببيع الدار إذا أراد الآخر شراءها وتوافرت عنده الأسباب الداعية لهذا الشراء ، وأن يلتزم الآخر بشرائها إذا أراد الأول بيعها وتوافرت الأسباب الداعية لهذا البيع . والفرق بين الوضعين كبير . والدليل على ذلك أنه فى الوضع الذى نحن فيه — الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد — قد لا يتم البيع النهائى أصلا . ويكفى لذلك ألا تتوافر الأسباب عند الطرف الأول لبيع الدار ، بألا يجد الأرض الصالحة التى يشتريها لتحل محل الدار ، فلا يظهر رغبته فى البيع ، ومن ثم يسقط الوعد بالشراء . وفى الوقت ذاته لا تتوافر الأسباب عند الطرف الآخر لشراء الدار ، بألا ينتقل إلى المدينة التى فيها الدار ، فلا يظهر رغبته فى الشراء ، ومن ثم يسقط الوعد بالبيع . فإذا ما سقط كل من الوعد بالشراء والوعد بالبيع ، فإن البيع النهائى لن يتم ، ويكون كل من الوعدين قد أدى الغرض الذى أريد به تحقيقه وسقط بعد أن أدى هذا الغرض .

وهذا الوضع يختلف تماما عن وضع الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، أو الاتفاق الابتدائى الذى سنعرض له فيما بعد . ففى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين يلتزم صاحب الدار ببيعها للطرف الآخر ، وفى الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائها منه ، فيكون هناك عقد واحد ملزم للجانبين ، لا عقدان كل منهما ملزم لجانب واحد . وهنا لابد أن يتم عقد البيع ، بل هو قد تم فعلا ، فقد التزم صاحب الدار ببيعها والتزم الطرف الآخر بشرائها ، فتم البيع ، ويسمى هنا بيعاً ابتدائياً ملزماً للجانبين . أما فى الوضع السابق ، فقد لا يتم البيع أصلا كما سبق القول .

٩١ — ما الذى يجب الاتفاق عليه فى الوعد بالتعاقد : وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١ مدنى على أن « الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها »(١) . ذلك أن الوعد بالتعاقد خطوة نحو التعاقد النهائى ، فوجب أن يكون الطريق مهيأ لإبرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له . والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هى أركان هذا العقد ، فإن كان بيعاً مثلا وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والثمن . وتعيين المدة التى يجب فى خلالها إبرام العقد الموعود به ضرورى أيضاً لانعقاد الوعد بالتعاقد ، ويقع التعيين صراحة أو دلالة . فيقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه بعد فوات وقت معين فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد .

٩٢ — الوعد بالتعاقد فى العقود الشكلية : وإذا كان العقد الموعود به عقداً شكلياً ، كالهبة والرهن الرسمى والشركة ، فإن الشكل الذى يعتبر ركناً فيه يعتبر أيضاً ركناً فى الوعد بالتعاقد . وهذا ما تقضى به صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدنى ، فهى تنص على أنه « إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد »(٢) . فالوعد بالرهن الرسمى مثلا إذا لم يفرغ فى ورقة رسمية كان باطلا(٣) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٢/٢ (مطابق) . الليبى م ١٠١/٢ (مطابق) — العراقى م ٩١/٢ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٢/٢ (مطابق) . الليبى م ١٠١/٢ (مطابق) العراقى م ٢٩١/٢ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٣) ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً بأن يجبر على إبرام الرهن الرسمى ، لأن هذا يقتضى تدخلا شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الرهن ، وإجباره على هذا التدخل الشخصى ممتنع . ولا يجوز كذلك أن يقوم الحكم بالتنفيذ على الواعد مقام الرهن الرسمى لأن الوعد بالرهن باطل كما قدمنا ، ولأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتو أن يصل الطرفان إلى إبرام رهن رسمى =

٩٣ — شروط الانعقاد والصحة فى العقد الموعود به ومتى تراعى فى الوعد بالتعاقد : ولما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائى كما قدمنا . فإن شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة تكون بوجه عام مطلوبة فى عقد الوعد ذاته .

فتقدر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون أهلا للتعاقد النهائى وقت الوعد حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائى بأن حجر عليه مثلا . وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضا . لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ أن التعاقد النهائى يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائى لا وقت الوعد . فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد حيث لا يلتزم بشىء ، بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ففى هذا الوقت يتم التعاقد النهائى[1] . وعيوب الإرادة تقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائى معاً . إذ أنه يصدر منه رضاء فى كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاؤه فى كل منهما صحيحاً .

أما مشروعية المحل والسبب فيكفى توافرها وقت التعاقد النهائى ، حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد .

٩٤ — الآثار التى تترتب على الوعد بالتعاقد — مرحلتان : إذا انعقد الوعد صحيحاً ، فإن الأثر الذى يترتب عليه يجب أن نميز فيه بين مرحلتين . يفصل بينهما ظهور رغبة الموعود له فى التعاقد النهائى .

= دون ورقة رسمية بأن يقتصرا على وعد بالرهن غير رسمى يصلان به إلى حكم يقوم مقام الرهن الرسمى . ولكن يجوز أن يؤدى الوعد بالرهن الرسمى غير المفرغ فى ورقة رسمية إلى النتيجة الآتية : يعتبر الوعد عقداً غير معين تم بإيجاب وقبول وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ورتب التزاما شخصياً فى ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عينا . فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد ، ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص ، فيؤدى ذلك عملا إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمى . كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذى كان يراد ضمانه بالرهن ، وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض .

(١) على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد — أى التمييز — وقت الوعد ، لأن الوعد عقد كامل كما قدمنا ، وهو أحد طرفيه .

٩٥ – المرحلة الأولى – قبل ظهور الرغبة : فى المرحلة التى تسبق ظهور الرغبة لا يكسب الوعد الموعود له إلا حقوقاً شخصية ، حتى لو كان التعاقد النهائى من شأنه أن ينقل حقاً عينياً كما فى البيع . فإذا كان العقد الموعود بإبرامه عقد بيع ، فإن الموعود له بالبيع لا يكسب إلا حقاً شخصياً فى ذمة الواعد ، ولا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود ببيعه . فيبقى الواعد مالكاً للشيء ؛ وله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائى ، ويسرى تصرفه فى حق الموعود له ، فإذا باع العين فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد[١] . وإذا هلك الشيء بسبب أجنبى تحمل الواعد تبعة هلاكه ، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر فحسب كما فى العقد النهائى ، بل أيضاً لأنه لا يزال المالك[٢] .

٩٦ – المرحلة الثانية – بعد ظهور الرغبة : وتحل المرحلة الثانية بظهور رغبة الموعود له فى إبرام العقد الموعود به فى خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة ، سقط الوعد بالتعاقد[٣] . أما إذا ظهرت ، صراحة[٤] ، أو ضمناً كأن تصرف الموعود له فى الشيء الموعود ببيعه إياه ، فإن التعاقد النهائى يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد[٥] . ويعتبر التعاقد النهائى قد تم من وقت ظهور الرغبة ، لا من وقت الوعد .

---

(١) فإذا كانت العين عقاراً وجب تسجيل البيع ، حتى يسرى فى حق الموعود له عند إظهار رغبته فى الشراء .

(٢) نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٤ ص ٢٤٠ (نزع ملكية الشيء الموعود ببيعه للمنفعة العامة) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن الوعد بالبيع يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولا تنبيه ، إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الموعود له رغبته فى الشراء ، ذلك أن الموعود له لم يلتزم بشيء بل كان له الخيار إن شاء قبل إيجاب الواعد ودفع الثمن خلال الأجل المتفق عليه ، وإن شاء تحلل من الاتفاق دون أية مسئولية عليه (نقض مدنى ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٤ ص ٨٣٤) .

(٤) وذهاب الموعود له قبل نهاية الأجل إلى محل إقامة الواعد ، ومقابلة ابنه وإبداء رغبته له فى الشراء واستعداده لدفع الثمن ، يعتبر قرينة على علم الواعد بالقبول ، ويقع على عاتقه عبء نفى هذه القرينة (نقض مدنى ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٤ ص ٨٣٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

(٥) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠ .

وإذا اقتضى إبرام العقد النهائى تدخلا شخصياً من الواعد، كما إذا كان العقد بيعاً واقعاً على عقار ولزم التصديق على إمضاء البائع تمهيداً للتسجيل، فامتنع البائع عن ذلك، جاز استصدار حكم ضده. وقام الحكم متى حاز قوة الأمر المقضى مقام عقد البيع، فإذا سجل انتقلت ملكية العقار إلى المشترى[١]. وهذه الأحكام نص عليها التقنين المدنى صراحة فى المادة ١٠٢ مدنى إذ تقول: «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل، متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الأمر المقضى به مقام العقد»[٢].

§ ٢ – العقد الابتدائى

٩٧ – صورة العملية فى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين: هناك وعد بالبيع وبالشراء ملزم للجانبين، يلتزم بموجبه صاحب الدار مثلا ببيعها للطرف الآخر، وفى الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائها منه. فيتم فى هذه الصورة عقد ابتدائى ملزم للجانبين، وهو عقد بيع. فلماذا إذن لجأ الطرفان إلى عبارة الوعد وهما فى الحقيقة يبرمان بيعاً تاما؟ يرجع السبب فى ذلك إلى اعتبارات عملية محضة، فقد أراد الطرفان إبرام بيع تام، وسمياه بالوعد بالبيع أو بالبيع الابتدائى، لأنهما يعتبران أن هذا البيع التام ليس هو البيع النهائى: فقد يريد المشترى، بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيد هو بالشراء، أن يبحث عن حالة الدار من حيث ترتب حقوق للغير عليها، فإذا ما وجدها خالية من هذه الحقوق استبدل بالبيع الابتدائى البيع النهائى، وإلا طلب فسخ البيع الابتدائى. وقد يريد المشترى أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن، حتى إذا ما دبره أبرم البيع النهائى. وقد يكون السبب هو أن تسجيل البيع يقتضى إجراءات تستغرق مدة من الزمن،

---

(١) ويشترط كما سبق القول أن يكون الوعد بعقد شكلى قد استوفى الشكل الواجب، فإذا لم يستوف هذا الشكل، فقد قدمنا أن الحكم فيه لا يقوم مقام العقد، بل يقتصر القاضى على الحكم بالتعويض.

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى: السورى م ١٠٣ (مطابق). الليبى م ١٠٢ (مطابق) – العراق لا مقابل (ولكن النص الذى يتفق مع القواعد العامة) – اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة).

ويريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائى إلى أن تتم الإجراءات اللازمة فيبرما البيع النهائى .

ويتم العقد الابتدائى بنفس الأركان وشروط الصحة التى يتم بها العقد النهائى ، ولا بد من تحديد وقت يبرم فيه العقد النهائى .

٩٨ — الآثار التى تترتب على العقد الابتدائى : يترتب على العقد الابتدائى نفس الآثار التى تترتب على العقد النهائى . فإذا كان العقد الابتدائى بيعاً ابتدائياً ، ترتب عليه ما يترتب على البيع . فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى وبتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . ويلتزم المشترى بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع .

٩٩ — ما يميز العقد الابتدائى عن العقد النهائى : والذى يميز البيع الابتدائى عن البيع النهائى أن كل هذه الالتزامات التى تقدم ذكرها لا يقصد تنفيذها فى الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير البيع النهائى . إذ المفروض أن المتبايعين ، بتسميتهما العقد بيعاً ابتدائياً ، إنما أرادا أن البائع لا يطالب بالثمن وأن المشترى لا يطالب بتسليم المبيع حتى يحرر البيع النهائى . ويزيد البيع الابتدائى فى آثاره أنه ينشئ التزاماً فى ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائى فى الميعاد المتفق عليه . وهذا الالتزام هو التزام بعمل ، فإذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر عن القيام بالتزامه من إبرام هذا العقد ، جاز للطرف الآخر إجباره على القيام بهذا الالتزام باستصدار حكم ضده بوقوع البيع النهائى — أو بصحة التعاقد — وهذا الحكم يقوم مقام العقد النهائى . وإذا كان المبيع عقاراً سجل هذا الحكم ، فتنتقل ملكية العقار بتسجيله إلى المشترى[1] .

١٠٠ — مصير العقد الابتدائى بعد إبرام العقد النهائى : فإذا ما أبرم العقد النهائى — وليكن بيعاً مثلا — على النحو الذى قدمناه ، فسخ البيع النهائى البيع الابتدائى وحل محله ، فلا يبقى إلا هذا البيع النهائى لتنظيم العلاقات بين المتبايعين . فيكون تاريخ العقد هو تاريخ البيع النهائى لأنه هو البيع الوحيد القائم بين الطرفين ،

---

(١) وإذا كان العقد الابتدائى عقداً شكليا ، وجب أن يستوفى الشكل المطلوب حتى يمكن الحكم بصحة التعاقد كما رأينا فى الوعد بالتعاقد .

ولا عبرة بتاريخ البيع الابتدائى فهذا بيع قد فسخ كما قدمنا . وإذا اتفق الطرفان على أن يكون البيع النهائى مكتوباً فى ورقة رسمية ، فإن البيع يكون رسمياً حتى لو كان البيع الابتدائى مكتوباً فى ورقة عرفية أو غير مكتوب أصلا . ومن ثم يستطيع البائع أن ينفذ بالثمن بموجب الورقة الرسمية التى حررت بالبيع النهائى . ويجوز أن يختلف البيع النهائى فى شروطه عن البيع الابتدائى . وتكون العبرة بشروط البيع النهائى لا بشروط البيع الابتدائى[1]. ولكن ذلك لا يكون إلا باتفاق الطرفين ، فإذا امتنع أى منهما عن قبول تعديل شروط البيع الابتدائى ، وجب إمضاء البيع النهائى بالشروط نفسها التى تم بها البيع الابتدائى .

§ ٣ – العربون

١٠١ — العربون ودلالته : يحدث أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مالا ، يكون عادة من النقد ، يسمى بالعربون (arrhes) . وأكثر ما يكون ذلك فى عقد البيع وفى عقد الإيجار ، فيدفع المشترى للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة ، إما لحفظ الحق لكل من المتعاقدين فى العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول مقدار هذا العربون للطرف الآخر ، وإما للبت فى العقد عن طريق البدء فى تنفيذه بدفع العربون .

وقد انقسمت القوانين بين هاتين الدلالتين المتعارضتين . فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول ، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت : وكلتا الدلالتين قابلة لإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود بالعربون غير ما يؤخذ من دلالته المفروضة وجب الوقوف عندما أراده المتعاقدان .

---

(١) نقض مدنى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٢ . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن العقد النهائى – دون العقد الابتدائى – هو الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين . ومن ثم فإذا تبين أن عقد البيع النهائى قد خلا من النص على الشرط الجزائى الوارد فى عقد البيع الابتدائى أو الإحالة إليه ، فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط وانصرفت نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥ ص ٦٢) .

١٠٢ — العربون فى التقنين المدنى : لم يشتمل التقنين المدنى السابق على نص فى هذه المسألة . فكان القضاء المصرى يتردد بين الدلالتين ، ويأخذ فى ذلك بنية المتعاقدين مفسراً إياها فى ظل العرف الجارى[(١)] .

وحسم التقنين المدنى الجديد هذا التردد ، فأورد نصاً يأخذ بدلالة العدول ، إذ تنص المادة ١٠٣ منه على أن « ١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢ — فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر »[(٢)] . ويتبين من هذا النص أنه إذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على أن العربون إنما دفع لتأكيد البتات فى التعاقد[(٣)] ، كان دفعه دليلا على الاحتفاظ لكل من المتعاقدين بالحق فى العدول[(٤)] . فإذا لم

---

(١) والظاهر أن العرف فى مصر يميز بين البيع والإيجار . ففى البيع دلالة العربون فى العقد الابتدائى جواز العدول ، وفى العقد النهائى التأكيد والبت . أما فى الإيجار فالعربون تعجيل لجزء من الأجرة ، فيكون دليلا على التأكيد والبت . وقد قضت محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق بأن نية المتعاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى ، وما استظهرته محكمة الموضوع من هذه النية تفسير للعقد يدخل فى سلطتها التقديرية ولا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٤ (مطابق) — الليبى م ١٠٣ (مطابق) — العراقى م ٩٢ (العربون دليل البتات لا دليل جواز الرجوع) — اللبنانى لا مقابل .

(٣) ولمحكمة الموضوع استظهار هذه النية من ظروف الدعوى ووقائعها ، ويدخل ذلك فى سلطتها الموضوعية متى كان مقاما على أسباب سائغة (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٥ ص ٣٦٩) . وفى هذه الحالة لا يجوز لأى من الطرفين العدول عن العقد . ويعتبر دفع العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكماله . وإذا فسخ العقد بعد ذلك لسبب يبرر الفسخ وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضرورى أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامة الضرر .

(٤) وبالأولى لو نص صراحة على أن العربون يتضمن خيار العدول . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان قد نص صراحة على أن المشترى دفع عربوناً وحدد مقداره والحالة التى تبيح للمشترى استرداده وتلك التى تبيح للبائع الاحتفاظ به ، كما حدد فى العقد موعد الوفاء بباقى الثمن وشرط استحقاقه ، فإن تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعربون يحوى خيار العدول هو تكييف سليم ، ولا يعيب الحكم عدم تعرضه للعبارة التى ختم بها العقد من أنه « عقد بيع نافذ المفعول » مادامت هذه العبارة لا تعنى أكثر من نفاذ العقد بشروطه ومن بينها أن حق المشترى =

يعدل أحد منهما عن العقد فى خلال المدة المتفق عليها[١] ، أصبح العقد باتا واعتبر دفع العربون تنفيذاً جزئيا له[٢] . أما إذا عدل أحد المتعاقدين ، فإنه يجب عليه أن يدفع للآخر مقدار العربون ، فإذا كان هو الذى دفعه فإنه يفقده ، وإذا كان هو الذى أخذه فإنه يرده ويرد معه مثله[٣] . وغرامة العربون على هذا النحو لا تعتبر تعويضا عن ضرر ، إذ هى لازمة حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر ، ولكنها المقابل الذى اتفق عليه المتعاقدان لحق العدول . وفى هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى . فالشرط الجزائى تقدير اتفاقى لضرر وقع ، فجاز للقاضى تخفيضه إذا كان مبالغا فيه ، بل جاز له ألاَّ يحكم به أصلا اذا لم يقع أى ضرر . أما العربون فلا يجوز تخفيضه مطلقا ، إذ هو البدل فى التزام بدلى ، ويكون المشترى مثلا ملتزما أصلا بدفع الثمن ودائنا بالشىء المبيع ، ولكن تبرأ ذمته من الثمن ويسقط حقه فى الشىء المبيع إذا هو أدى العربون[٤] .

= فى العدول عن العقد لا يسقط إلا عند تمام الواقعة التى حددها الطرفان لإنهاء خيار العدول (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٨ ص ٥٠٨) .

(١) فإذا لم تعين مدة لجواز العدول ، جاز العدول إلى وقت التنفيذ . ولكن لا تجوز إساءة استعمال الحق فى العدول ، فالبائع الذى أظهر نيته فى أن يمضى فى العقد دون استعمال حقه فى العدول وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامها ، ثم عدل بعد ذلك فجأة ، لا يقتصر على خسارة العربون ، بل يجب أيضاً أن يدفع تعويضاً لإساءته استعمال حقه فى العدول (استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥) .

(٢) ولكن لا على أساس أن العربون جزء من الالتزام أداه الملتزم ، بل على أساس أن العربون مبلغ قدمه الملتزم فتقع مقاصة بمقداره بينه وبين قيمة الالتزام الأصلى . فإذا دفع المشترى عربونا مقداره ٥٠٠ وكان الثمن ٣٠٠٠ ، ولم يستعمل المشترى حقه فى الرجوع ، وقعت مقاصة بين المبلغين بمقدار ٥٠٠ ، والباقى وهو ٢٥٠٠ هو المبلغ الذى يجب على المشترى دفعه حتى يوفى بالثمن كاملا . فإذا فرض أن المشترى أفلس بعد دفع العربون وقبل دفع بقية الثمن ، فإن المقاصة لا تقع لأن إفلاس المشترى يمنعها ، ومن ثم يدخل البائع فى تفليسة المشترى بمبلغ ٣٠٠٠ ، فإذا كان مايصيبه هو ٢٠٠٠ مثلا ، استنزل منها العربون ، ولا تدفع التفليسة للبائع إلا الفرق وهو ١٥٠٠ (انظر فى هذا المعنى عبد الحى حجازى ٢ ص ٨٠ – ص ٨١) .

(٣) وقد يتفق المتعاقدان على أن أحدهما دون الآخر هو الذى يكون له حق العدول ، فلا يجوز فى هذه الحالة للآخر أن يعدل عن العقد ولو بدفع قيمة العربون ، بل يكون العقد باتا بالنسبة إليه .

(٤) ومؤدى ذلك أن العدول فى حالة دفع العربون لا يكون عن العقد فى جملته ، بل عن الالتزام الأصلى والحق المقابل له ، ويكون العربون بدلا مستحقاً بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد فى أحد شطريه وهو البدل ، لا عدول عنه فى جملته . =

المبحث الثانى

صحة التراضى

١٠٣ — الأهلية وعيوب الإرادة : كل ما قدمناه إنما هو فى وجود التراضى . ولا يكفى أن يكون التراضى موجوداً ، بل يجب أيضا أن يكون صحيحا : والتراضى لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذى أهلية ، ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب . وعيوب الإرادة هى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام فى الأهلية ، ثم فى عيوب الإرادة .

المطلب الأول

الأهليـــة

(Capacité)

١٠٤ — أحكام الأهلية شطر من قانون الأحوال الشخصية : أحكام الأهلية تسرى على جميع المصريين ، مسلمين وغير مسلمين ، وهى شطر من قانون الأحوال الشخصية تم توحيده للمصريين كافة . أما الأجانب فتسرى فى شأنهم قوانين الجنسيات التى ينتمون إليها ، إذ الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية كما قدمنا .

ونبحث فى إيجاز النظرية العامة فى الأهلية ، ثم ننتقل إلى الأحكام التى وردت فى شأنها فى التقنين المدنى وفى قانون الأحوال الشخصية .

= على أن الفقه مختلف فى طبيعة العربون ، فبعض الفقهاء يعتبر العقد بالعربون عقداً معلقاً على شرط فاسخ ، فينفذ العقد وتترتب عليه آثاره ، ولكنه ينفسخ إذا استعمل أحد الطرفين حقه فى العدول . وبعض آخر يعتبره عقداً معلقاً على شرط واقف ، فتوقف جميع آثار العقد حتى يسقط خيار العدول بعدم استعماله فى الأجل المحدد له ، وعندئذ ينفذ العقد بأثر رجعى .

§ ١ – النظرية العامة فى الأهلية

١٠٥ — أهلية الأداء — تمييزها عن غيرها مما يلتبس بها : أهلية الأداء – وهى التى تعنينا هنا – هى صلاحية الشخص لاستعمال الحق عن طريق التصرف القانونى[١] . ويمكن تقسيم العقود من حيث أهلية الأداء إلى أقسام أربعة : ١ – عقود اغتناء تغنى من باشرها دون أن يدفع عوضا ، كالهبة بالنسبة إلى الموهوب له . ٢ – عقود إدارة ، وترد على الشىء لاستغلاله ، كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر . ٣ – عقود تصرف ، وترد على الشىء للتصرف فيه بعوض ، كالبيع بالنسبة إلى كل من البائع والمشترى . ٤ – عقود تبرع ، وترد على الشىء للتصرف فيه بغير عوض ، كالهبة بالنسبة إلى الواهب . فمن كان كامل الأهلية – وإذا أطلقنا لفظ الأهلية فإنما نقصد به أهلية الأداء – صلح لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود . ومن كان ناقص الأهلية لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام ، كالصبى المميز يصلح لمباشرة عقود الاغتناء وعقود الإدارة ، ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرف ، ولا يصلح أصلا لمباشرة عقود التبرع . ومن كان معدوم الأهلية ، كالصبى غير المميز ، لا يصلح لمباشرة أى قسم من هذه الأقسام الأربعة .

ويميز الفقهاء عادة بين أهلية الأداء (capacité d'exercise) وأهلية الوجوب (capacité de jouissance) . فأهلية الوجوب هى صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ، فهى فى الواقع من الأمر الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية[٢] ، وهى لا تعنينا هنا .

---

(١) فلا محل لأهلية الأداء فى الوقائع المادية ، وإنما تقوم أهلية الأداء فى التصرفات القانونية ، إذ هى الإرادة تتجه لإحداث أثر قانونى ، وحتى تستطيع الإرادة أن تحدث الأثر القانونى الذى اتجهت إليه يجب أن يكون صاحب الإرادة متوافراً على أهلية الأداء بالنسبة إلى التصرف القانونى الذى صدر منه .

(٢) ذلك أن الشخص ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتباريا ، إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فكل إنسان ، بعد أن أبطل الرق ، تتوافر فيه أهلية الوجوب ، وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده ، بل وقبل ذلك عندما يكون جنيناً ، إلى وقت الموت ، بل وبعد ذلك إلى حين سداد ديونه . فإذا انعدمت الشخصية الطبيعية أو الاعتبارية انعدمت أهلية الوجوب ، وذلك كالجنين يولد ميتاً ، وكالميت بعد سداد ديونه ، وكالشركة بعد أن تصفى ، وكالراهب فى قوانين بعض الطوائف الدينية . وبالنسبة =

كذلك يجب تمحيص الأهلية بتمييزها عن غيرها مما يلتبس بها . كالولاية على المال وعدم قابلية المال للتصرف والمنع من التصرف . فالأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز ، فمن كان كامل التميز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته . أما الولاية على المال فهى نفاذ التصرفات القانونية على مال الغير ، كالوصى له ولاية التصرف فى مال القاصر ، ولا يقال إن له أهلية التصرف فى هذا المال ، إذ الولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير والأهلية صلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه . وأما عدم قابلية المال للتصرف ، كما فى المال الموقوف لا يجوز أن يتصرف فيه الناظر ، فيرجع لا إلى نقص أهلية ناظر الوقف بل إلى عدم قابلية المال الموقوف ذاته للتصرف . وأما المنع من التصرف ، فلا يرجع إلى نقص فى الأهلية ولا إلى عدم قابلية المال للتصرف ، وإنما يرجع إلى مصلحة مشروعة تبرر منع شخص معين من التصرف فى مال قابل للتصرف فيه : فمنع المريض مرض الموت من التبرع بماله روعيت فيه مصلحة الورثة ، ومنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها روعيت فيه المحافظة على سمعة القضاء . فإذا زال المانع صح التصرف ، كما إذا أجاز الورثة فى الحالة الأولى أو كان الحق غير متنازع فيه فى الحالة الثانية . ويلاحظ أن المنع من التصرف يلحق الشخص ، وعدم القابلية للتصرف يلحق المال ، أما الأهلية فمناطها التمييز[1] كما سبق القول .

= إلى الرهبنة يجب التمييز بين مايملكه الراهب قبل دخوله الرهبنة وكذلك مايملكه بميراث أو وصية بعد دخوله فيها ، فهذا يبقى ملكاً خاصاً له يورث عنه لأن شخصية الراهب لا تنعدم وإلا كان ذلك مخالفاً للنظام العام ، وبين ما يملكه بعد دخوله الرهبنة عن غير طريق الميراث أو الوصية ، فهذا يكون ملكاً للكنيسة ، لا لأن شخصيته انعدمت ، بل لأنه يعتبر طبقاً لقوانين الكنيسة التي تطبق هنا لعدم مخالفتها للنظام العام نائبا عن الكنيسة فى تملكه هذه الأموال (انظر ابن العسال طبعة ١٩٢٧ ص ٣١٥ – وانظر حكم محكمة النقض (مدنى) ٢٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣١) .

وترد استثناءات على أهلية الوجوب فى بعض الحالات ، فالأجانب فى بعض البلاد ليست لهم أهلية وجوب تملك العقارات أو الأراضى الزراعية ، والجنين ليست له إلا أهلية وجوب ناقصة مقصورة على الوصية والميراث ، والقاتل ليست له أهلية وجوب ميراث من قتله ، والنساء ليست لهن أهلية وجوب الولاية الشرعية على النفس أو على المال .

(١) وسنرى أن الغائب إذا أقيم له وكيل ، والمحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا نصب له قيم ، ومن تقررت له المساعدة القضائية إذا عين له مساعد ، لم يكن ذلك راجعاً إلى انعدام =

١٠٦ — الأصل فى الشخص أن يكون ذا أهلية : والمفروض فى الشخص أن يكون كامل الأهلية ، ما لم يسلب القانون أهليته أو يحد منها(١) . فعبء إثبات عدم الأهلية أو نقصها يقع على عاتق من يدعى ذلك . فإذا نجح كان له أن يبطل العقد الذى صدر منه ، ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أهلية المتعاقد معه . لكن إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية يخفى بها نقص أهليته ، فمع أنه لا يزال يستطيع طلب إبطال العقد لنقص أهليته . إلا أنه يكون مسئولا عن التعويض للغش الذى صدر منه(٢) . ولا يكفى أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها(٣) ، بل يجب أن يستعين بطرق احتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد .

١٠٧ — أحكام الأهلية من النظام العام : وأحكام الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير متوافرة عنده ، ولا أن يوسع عليه

= الأهلية عند هؤلاء إذ أنهم كاملو التمييز . كذلك ما يقال عادة من أهلية الشخص للالتزام بالعمل غير المشروع أو بالإثراء بلا سبب ليس تعبيراً دقيقاً . ذلك أن الأصل هو أن يلتزم الشخص متى وجد مصدر الالتزام . فإن كان المصدر هو التصرف القانونى . فن شروطه الأهلية ومناطها التمييز كما قدمنا . وإن كان المصدر هو العمل غير المشروع فلابد من خطأ ، ومن شروط الخطأ التمييز ، فالتمييز هنا عنصر فى الخطأ ، وقد لا يكون مطلوباً فى بعض الأحوال فيسأل غير المميز عن عمله الضار . أما الالتزام بالإثراء على حساب الغير دون سبب ، فيبقى على الأصل ، ولا يشترط فيه التمييز . ولكن أصبح من المألوف التحدث عن الأهلية فى هذه المواضع . وقد جارينا هذا المألوف فى بعض الأحيان .

(١) وتنص المادة ١٠٩ مدنى على أن « كل شخص أهل للتعاقد ، مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » . ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١٠ (مطابق) — الليبى م ١٠٩ (مطابق) . العراقى م ٩٣ (مطابق) . اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) وقد نصت المادة ١١٩ مدنى على أنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته » . ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢٠ (مطابق) — الليبى ١١٩ (مطابق) — العراقى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) — اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٣) نقض مدنى ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٨ ص ٣٥٢ — نقض جنائى ٤ مايو سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٤٩ ص ٣٤٨ .

فيما نقص عنده منها . كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها ، وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلا[1] .

§ ٢ – أحكام الأهلية
فى التقنين المدنى وفى قانون الولاية على المال

١٠٨ – **العوامل التى تتأثر بها الأهلية** : لما كانت الأهلية مناطها التمييز كما قدمنا ، فهى تتأثر بالسن دائماً . وقد تتأثر بعوارض ، تقع أو لا تقع ، من شأنها أن تؤثر فى التمييز ، كالجنون والعته والغفلة[2] .

(١) تأثر الأهلية بالسن

١٠٩ – **الأدوار الطبيعية فى حياة الانسان** : يمر الإنسان بأدوار طبيعية ثلاثة من وقت أن يولد إلى أن يموت : الدور الأول من وقت ولادته إلى سن التمييز فيكون فى هذا الدور صبياً غير مميز ، والدور الثانى من سن التمييز إلى سن البلوغ فيكون فى هذا الدور صبياً مميزاً ، والدور الثالث من سن البلوغ إلى وقت الموت فيكون فى هذا الدور بالغاً رشيداً ما لم تتأثر أهليته بعارض من عوارض الأهلية .

١١٠ – **الصبى غير المميز** : سن التمييز هى السابعة ، فكل من لم يبلغها يعتبر فاقداً للتمييز ومن ثم يكون معدوم الأهلية (م ٢/٤٥ مدنى) . وتكون جميع تصرفاته باطلة[3] ، سواء كانت عقود تبرع أو عقود تصرف أو عقود إدارة

---

(١) وإلى هذا تشير المادة ٤٨ مدنى إذ تنص على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها » .

(٢) وتنظم أحكام الأهلية ، إلى جانب التقنين المدنى ، قوانين خاصة تبين أحكام الأهلية والولاية على المال . وقد تعاقبت هذه القوانين بعضها يلغى بعضاً – فأولها قانون المجالس الحسبية فى سنة ١٩٢٥ ، ألغاه قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، وألغى هذا القانون الأخير قانون الولاية على المال وهو القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

(٣) وتنص المادة ١١٠ مدنى على أنه « ليس للصبى غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » . ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١١ (مطابق) – الليبى م ١١٠ (مطابق) – العراقى م ٩٦ (موافق) – اللبنانى م ٢١٦ (موافق) .

أو عقود اغتناء ، فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يهب ماله أو يبيعه أو يؤجره أو يقبل هبة ، إذ ليست له إرادة تنتج أثراً . وتثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه .

وولي الصغير – غير مميز كان أو مميزاً – هو الأب ثم الجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً (م ١ قانون الولاية على المال) . وليس للولي التبرع بمال القاصر ، إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة (م ٥ قانون الولاية على المال) . ولا يجوز له التصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه (م ٦ قانون الولاية على المال) . كما لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة (م ٧ قانون الولاية على المال) ، ما لم يكن مورث القاصر قد أوصى بألا يتصرف وليه في المال الموروث فلا يجوز عندئذ للأب أن يتصرف إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها (م ٨ قانون الولاية على المال)[1] . أما الجد فلا يجوز له بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ، أو الصلح عليه ، أو التنازل عن التأمينات المعطاة لضمان دين القاصر أو إضعافها (م ١٥ قانون الولاية على المال)[2] .

---

(١) وليس للولي إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة (م ٩ قانون الولاية على المال) . أما الإجارة فلم يقيدها المشرع فيما يتعلق بالمدة إلا بوجوب عدم امتدادها إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد بأكثر من سنة (م ١٠ قانون الولاية على المال) . وليس للولي أن يستمر في تجارة آلت للقاصر ، إلا بإذن من المحكمة وفي حدود هذا الإذن (م ١١ قانون الولاية على المال) . وجميع القيود السابقة على سلطة الولي لا تسرى على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً ، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال (م ١٣ قانون الولاية على المال) .

(٢) ويسأل الجد في تصرفاته في مال القاصر مسئولية الوصي ، أما الأب فلا يسأل إلا عن خطئه الجسيم (م ٢٤ قانون الولاية على المال) . انظر في سلب ولاية الجد : نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٧ ص ١٥٧٨ .

وتنص المادة ١١٨ مدني على أن « التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » . ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١١٩ (مطابق) – الليبي ١١٨ م (مطابق) – العراقي م ١٦١ (موافق) – اللبناني لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

والوصى على القاصر يختاره الأب أو تعينه المحكمة . وولايته على مال القاصر أضيق نطاقاً من ولاية الولى[١]. وعلى الوصى أن يقدم عن إدارته قبل أول يناير من كل عام حساباً مؤيداً بالمستندات . ويعفى من تقديم هذا الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك . ولكن فى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته (م ٤٥ قانون الولاية على المال) .

١١١ — الصبى المميز : يعتبر الصبى مميزاً من سن السابعة وهى سن التمييز الى سن الإحدى والعشرين وهى سن البلوغ . والصبى المميز له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبة ، لأن ذلك نافع له نفعاً محضاً . وليست له أهلية التبرع[٢] ، فلا يستطيع أن يهب شيئاً من ماله ، لأن ذلك ضار به ضرراً محضاً . أما أهلية

---

(١) فلا تجوز له مباشرة تصرف من التصرفات الآتية إلا بإذن المحكمة : جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء أو تقرير حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله (انظر فيما يتعلق بالقسمة نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٢٤ ص ١٣١) – التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة – الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة – حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة – استثمار الأموال وتصفيتها – اقتراض المال وإقراضه – إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى – إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى مابعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة – قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها – الإنفاق من مال القاصر عن من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ – الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر – رفع الدعاوى إلا مايكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له – التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعن بالطرق العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام – التنازل عن التأمينات وإضعافها – إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون نائبا عنه – مايصرف فى تزويج القاصر – تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة (م ٣٩ قانون الولاية على المال) .

وإذا باشر الوصى تصرفاً من هذه التصرفات دون إذن المحكمة . جاز إبطال التصرف حتى لو تجرد عن أى ضرر أو غبن بالقاصر (انظر فى هذا المعنى فى عهد قانون المجالس الحسبية نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٢ ص ٩٦٢) .

(٢) وليس الولى كما قدمنا التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن من المحكمة .

الإدارة وأهلية التصرف – وهى منطقة الأعمال الدائرة بين النفع والضرر – فلا يملكها ، ولكن يباشرها عنه أو يجيزه فيها الولى أو الوصى فى الحدود المتقدم ذكرها فى حالة الصبى غير المميز (١) .

ويستثنى من ذلك الصبى المميز إذا بلغ الثامنة عشرة . فقد نصت المادة ١١٢ مدنى على أنه « إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون »(٢). وإذا بلغ السادسة عشرة كانت له أهلية التصرف

---

(١) وتنص المادة ١١١ مدنى على أنه « ١ – إذا كان الصبى مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً . ٢ – أما التصرفات المالية التى تدور بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر . ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة وفقاً للقانون » . ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١٢ (موافق) – الليبى م ١١١ (مطابق) – العراقى م ٩٧ (موافق) – اللبنانى م ٢١٦ (موافق) .

وإلى المادة ١١١ مدنى تشير المادة ٤٦ مدنى إذ تقول : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١٣ (إذا بلغ الخامسة عشرة) – الليبى م ١١٢ (موافق) – العراقى م ٩٨ (إذا بلغ الخامسة عشرة) – اللبنانى م ٢١٧ (موافق) .

وتنص المادة ٥٤ من قانون الولاية على المال على أن « للولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق ، وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات » . وتنص المادة ٥٥ من نفس القانون على أنه « يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض » .

أما أعمال الإدارة التى يجوز للقاصر المأذون أن يباشرها ، فقد بينتها المادتان ٥٦ و ٥٧ من قانون الولاية على المال . فنصت المادة ٥٦ على أن « للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة ، وله أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال . ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة ولا أن يفى الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك . ولا يجوز للقاصر أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً » . =

فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، بشرط ألاَّ يتعدى أثر التزامه حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته ، ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد من حقه فى التصرف فى هذا المال ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية أو الوصاية (م ٦٣ قانون الولاية على المال)[١] . ويجوز أيضاً للصبي المميز ، أيا كانت سنه ، أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته (م ٦١ قانون الولاية على المال) ، كما يجوز له إبرام عقد العمل الفردى ، وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى الشأن انهاء العقد رعاية لمصلحته أو لمستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة (م ٦٢ قانون الولاية على المال) .

أما غير ذلك من الأعمال فيباشرها عنه وليه أو وصيه على النحو الذى رأيناه فى الصبي غير المميز ، وذلك إلى أن يبلغ سن الرشد .

١١٢ — البالغ الرشيد : سن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة[٢] ، وهى سن عامة لجميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين . فمتى بلغ القاصر هذه السن ، غير مجنون ولا معتوه وغير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لسبب من أسباب الحجر ، أصبح رشيداً كامل الأهلية[٣] . أما إذا

= ويلاحظ أن قانون الإصلاح الزراعى ينص فى المادة ٣٥ منه على أنه «لا يجوز أن تقل مدة إيجار الأراضى الزراعية عن ثلاث سنوات» ، فلا يستطيع القاصر المأذون إيجار الأراضى الزراعية إلا بإذن خاص من الولى أو الوصى إذا كانت مدة الإيجار لا تزيد على ثلاث سنوات ، أو بإذن خاص من الولى أو من المحكمة إذا زادت مدة الإيجار على ثلاث سنوات . وتنص المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للقاصر ، سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية ، أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إذنا مطلقاً أو مقيداً » .

(١) وتنص المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ على ما يأتى : « على صاحب العمل أن يسلم إلى العمال القصر أنفسهم إذا بلغوا أربعة عشر عاما أجورهم ومكافآتهم وغير ذلك مما يستحقون بمقتضى أحكام هذا القانون ، ويكون هذا التسليم مبرئاً لذمته » .

(٢) وتنص المادة ٤٤ مدنى على أن « ١ — كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ٢ — وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » . ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٤٦ (سن الرشد ثمانى عشرة سنة) — الليبى م ٤٤ (مطابق) — العراقى م ١٠٦ (سن الرشد ثمانى عشرة سنة) — اللبنانى م ٢١٥ (سن الرشد ثمانى عشرة سنة) .

(٣) وقرار المحكمة باستمرار الوصاية على القاصر بعد بلوغه سن الرشد ينتج أثره من تاريخ صدوره ، ويكون حجة على الكافة من تاريخ تسجيله ولو قبل نشره فى الجريدة الرسمية (نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٦ ص ٩٣١) .

كان قبل بلوغه هذه السن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، أو لم يحكم عليه ولكنه بلغ السن مجنونا أو معتوها ، فتستمر الولاية عليه أو الوصاية بحسب الأحوال . ويترتب على ذلك أنه إذا بلغ السن وكان ذا غفلة أو سفيها ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية للغفلة أو السفه ، فإنه يصبح رشيداً كامل الأهلية . وإذا أريد الحجر عليه بعد ذلك وجب استصدار حكم بالحجر ، وتختار المحكمة له قيما قد يكون غير الولى أو الوصى .

فإذا بلغ القاصر سن الحادية والعشرين رشيدا كملت أهليته ، وكان له بذلك أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع . ويسلمه وليه أو وصيه ماله ليكون حر التصرف . وكل دعوى للقاصر على وصيه ، أو للمحجور عليه على قيمه ، تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة ، تسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية أو القوامة (٥٣ / ١ قانون الولاية على المال) . كذلك يكون قابلا للإبطال كل تعهد أو مخالصة يحصل عليها الوصى من القاصر الذى بلغ سن الرشد ، إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الوصى الحساب عن وصايته (م ٥٢ قانون الولاية على المال) .

على أنه قد يصيب الإنسان بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض الأهلية ، وهى التى نفصلها فيما يلى .

(ب) تأثر الأهلية بعوارض أخرى غير السن
(عوارض الأهلية)

١١٣ — **حصر عوارض الأهلية :** عوارض الأهلية أربعة : الجنون والعته والغفلة والسفه . وإنما اندرج السفه بين عوارض الأهلية ، لأنه نقص فى التمييز فى نطاق التصرفات المالية .

أما من يغيب غيبة منقطعة ويقام عنه وكيل ، ومن يحكم عليه بعقوبة جنائية وينصب عليه قيم ، ومن يصاب بعاهات معينة ويعين له مساعد قضائى ، فإن هذا كله لا يدخل فى عوارض الأهلية لأنه لا يرجع إلى التمييز كما سبق القول . وسنعرض لهؤلاء بعد بحث عوارض الأهلية .

١١٤ — **الجنون :** أهلية المجنون معدومة ، لأنه فاقد التمييز . والأصل أن

تحجر عليه المحكمة وتنصب له قيما . إلا إذا كان قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد ، أو بلغ هذه السن مجنونا ، فتبقى ولاية وليه أو وصيه[١] .

وتصرفات المجنون بعد تسجيل قرار الحجر باطلة ، وقبل تسجيل هذا القرار تكون أيضاً باطلة إذا شاعت حالة الجنون أو عرفها الطرف الآخر ، وإلا فهي صحيحة أخذا بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة[٢] .

وحدود ولاية القيم على مال المجنون هي نفس حدود ولاية الوصي على مال القاصر . وكالقيم على المجنون وصيه ، أما وليه فكالولي على الصغير . وذلك كله إذا حكم باستمرار الوصاية أو الولاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلغ هذه السن مجنونا .

١١٥ — المعتوه : والمعتوه كالمجنون ، يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له ولي أو وصي . والقيم على المعتوه ووليه ووصيه كالقيم على المجنون ووليه ووصيه من حيث مدى الولاية على المال .

أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فيكون فاقد الأهلية كالمجنون والصغير غير المميز ، وقد يكون مميزاً فتكون له أهلية الصبي المميز[٣] .

---

(١) وتنص المادة ١١٣ مدني على ما يأتي : « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون » . ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى . السوري م ١١٤ (مطابق) — الليبي م ١١٣ (مطابق) — العراقي م ٩٤ — ٩٥ (موافق) — اللبناني لا مقابل .

(٢) وتنص المادة ١١٤ مدني على أنه : « ١ — يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر بعد تسجيل قرار الحجر . ٢ — أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا ، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها » . ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١١٥ (مطابق) — الليبي م ١١٤ (مطابق) — العراقي لا مقابل — اللبناني لا مقابل .

وانظر في تسجيل طلب الحجر وإمكان الاحتجاج بقرار الحجر من وقت تسجيل الطلب المواد ١٠٢٦ مرافعات وما بعدها . وانظر في بطلان التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر لشيوع حالة العته : نقض مدني ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٦ ص ١٠٣٣ .

(٣) والعته وحده يعدم الإرادة أو يعيبها ، فلا يتطلب بطلان التصرف التواطؤ بين المعتوه المتعاقد الآخر كما هي الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٣ ص ١٤٩) . ويجوز إثبات حالة العته وقت صدور التصرف =

١١٦ — ذو الغفلة والسفيه : وهذان يحجر عليهما[1] ، وينصب لهما قيم ،

= بجميع الطرق ، ولم يكن يشترط فى التقنين المدنى القديم لإبطال التصرف علم المشترى بعته البائع وقت البيع (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨ ص ٩٣) — وقيام حالة العته وأثرها فى التمييز مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى ، فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٨ ص ٤١٤ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٦ ص ٢٣٨ — وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٧ ص ٣٥٣ حيث نقض الحكم لقصور فى التسبيب) — وانظر فى إثبات العته بتقرير طبى ووجوب أن يكون ثابتاً وقت صدور التصرف : نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٧٧ ص ١٢٣١ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف صاحب الغفلة ، فقال بعضهم إنه هو الشخص الذى لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة لسلامة قلبه فيغبن فى تصرفاته ، ويرى آخرون أنها امتداد لفكرة السفه ، على أنه من المتفق عليه أنها من العوارض التى تعترى الإنسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية ، وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإدارة وحسن التقدير . وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابح فيها أو بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع . والحكمة فى توقيع الحجر بسببها هى المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع ، وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤٩ ص ٣٨٦) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن السفه والغفلة بوجه عام يشتركان فى معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ، إلا أن الصفة المميزة للسفه هى أنها تعترى الإنسان فتحمله على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع . أما الغفلة فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٣ ص ٩٣٧ — انظر أيضاً : نقض مدنى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠١ ص ١٤٨٥ — ١٩ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤ ص ١١٧) . وقضت محكمة النقض بأن السفه هو إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل . وتصرف الإنسان فى كل ما يملك لزوجته وأولاده الصغار ، سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض ، لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل ، بل هو تصرف تمليه الرغبة فى تأمين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم ، وليس من شأن هذا التصرف إتلاف المال فى مفسدة ، بل إن فيه حفظ المال لمن رأى المتصرف أنهم أحق أهله به ، إذ المشرع لا يحرم على الإنسان الخروج عن ماله حال حياته ، كلا أو بعضاً ، لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول لهم . كما أنه ليس فى خروج الإنسان عن ماله لزوجته وأولاده الصغار ما ينبئ عن استئثار أو تسلط ، لأن تصرفه ثم أمر تمليه العاطفة وتدفع إليه الغريزة . كما أن تصرفاته التبرعية ثم لا يمكن أن يوصف معها بالغفلة ، لأن الغفلة =

تحجر عليه المحكمة وتنصب له قيما . إلا إذا كان قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد ، أو بلغ هذه السن مجنونا ، فتبقى ولاية وليه أو وصيه[1] .

وتصرفات المجنون بعد تسجيل قرار الحجر باطلة ، وقبل تسجيل هذا القرار تكون أيضاً باطلة إذا شاعت حالة الجنون أو عرفها الطرف الآخر ، وإلا فهي صحيحة أخذا بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة[2] .

وحدود ولاية القيم على مال المجنون هي نفس حدود ولاية الوصي على مال القاصر . وكالقيم على المجنون وصيه ، أما وليه فكالولي على الصغير . وذلك كله إذا حكم باستمرار الوصاية أو الولاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلغ هذه السن مجنونا .

١١٥ — المعتوه : والمعتوه كالمجنون ، يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له ولي أو وصي . والقيم على المعتوه ووليه ووصيه كالقيم على المجنون ووليه ووصيه من حيث مدى الولاية على المال .

أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فيكون فاقد الأهلية كالمجنون والصغير غير المميز ، وقد يكون مميزاً فتكون له أهلية الصبي المميز[3] .

---

(١) وتنص المادة ١١٣ مدنى على ما يأتى : « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون » . ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى . السورى م ١١٤ (مطابق) — الليبى م ١١٣ (مطابق) — العراقى م ٩٤ — ٩٥ (موافق) — اللبنانى لا مقابل .

(٢) وتنص المادة ١١٤ مدنى على أنه : « ١ — يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر بعد تسجيل قرار الحجر . ٢ — أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا ، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها » . ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١٥ (مطابق) — الليبى م ١١٤ (مطابق) — العراقى لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

وانظر فى تسجيل طلب الحجر وإمكان الاحتجاج بقرار الحجر من وقت تسجيل الطلب المواد ١٠٢٦ مرافعات وما بعدها . وانظر فى بطلان التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر لشيوع حالة العته : نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٦ ص ١٠٣٣ .

(٣) والعته وحده يعدم الإرادة أو يعيبها ، فلا يتطلب بطلان التصرف التواطؤ بين المعتوه المتعاقد الآخر كما هى الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٣ ص ١٤٩) . ويجوز إثبات حالة العته وقت صدور التصرف =

١١٦ — ذو الغفلة والسفيه : وهذان يحجر عليهما[1] ، وينصب لهما قيم ،

= بجميع الطرق ، ولم يكن يشترط فى التقنين المدنى القديم لإبطال التصرف علم المشترى بعته البائع وقت البيع (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨ ص ٩٣) — وقيام حالة العته وأثرها فى التمييز مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى . فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٨ ص ٤١٤ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٦ ص ٢٣٨ — وانظر أيضا نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٧ ص ٣٥٣ حيث نقض الحكم لقصور فى التسبيب)— وانظر فى إثبات العته بتقرير طبى ووجوب أن يكون ثابتاً وقت صدور التصرف : نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٧٧ ص ١٢٣١ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف صاحب الغفلة ، فقال بعضهم إنه هو الشخص الذى لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة لسلامة قلبه فيغبن فى تصرفاته ، ويرى آخرون أنها امتداد لفكرة السفه ، على أنه من المتفق عليه أنها من العوارض التى تعترى الإنسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية ، وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإدارة وحسن التقدير . وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابح فيها أو بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع . والحكمة فى توقيع الحجر بسببها هى المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع ، وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤٩ ص ٣٨٦) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن السفه والغفلة بوجه عام يشتركان فى معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ، إلا أن الصفة المميزة للسفه هى أنها تعترى الإنسان فتحمله على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع . أما الغفلة فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٣ ص ٩٣٧ — انظر أيضاً : نقض مدنى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠١ ص ١٤٨٥ — ١٩ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤ ص ١١٧) . وقضت محكمة النقض بأن السفه هو إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل . وتصرف الإنسان فى كل ما يملك لزوجته وأولاده الصغار ، سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض ، لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل ، بل هو تصرف تمليه الرغبة فى تأمين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم ، وليس من شأن هذا التصرف إتلاف المال فى مفسدة ، بل إن فيه حفظ المال لمن رأى المتصرف أنهم أحق أهله به ، إذ المشرع لا يحرم على الإنسان الخروج عن ماله حال حياته . كلا أو بعضاً ، لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول لهم . كما أنه ليس فى خروج الإنسان عن ماله لزوجته وأولاده الصغار ماينبىء عن استئثار أو تسلط ، لأن تصرفه لهم أمر تمليه العاطفة وتدفع إليه الغريزة . كما أن تصرفاته التبرعية لهم لا يمكن أن يوصف معها بالغفلة ، لأن الغفلة =

وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر كأهلية الصبي المميز [١] ، مع استثناء الوقف والوصية فهذان التصرفان إذا صدرا من السفيه أو ذي الغفلة وأذنته المحكمة فيهما يكونان صحيحين [٢] . ويكون لكل من السفيه وذي الغفلة أن يتسلم أمواله لإدارتها على النحو الذي رأيناه في الصبي المميز الذي بلغ الثامنة عشرة ، وفي الحدود التي سبق ذكرها هناك [٣] .

أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهي في الأصل صحيحة [٤] ،

= هي ضعف الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير (نقض مدني ٢٠ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٩ ص ٦١٩) . وقضت أيضاً بأن الغفلة لا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية ، وإنما هي تقوم على فساد التدبير وترد على حسن الإدارة والتقدير ، وهي على هذا الوصف وإن كان يرجع في إثباتها أو نفيها لذات التصرفات التي تصدر من الشخص ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تستمد محكمة الموضوع أيضاً الدليل إثباتاً ونفياً من أقوال المطلوب الحجر عليه في التحقيقات ومن مناقشتها له ، فإذا ما كشفت هذه الأقوال عن سلامة الإدراك والتقدير أمكن الاستدلال بها على انتفاء حالة الغفلة ، دون أن يؤخذ على هذا الاستدلال الخطأ في مفهومها أو في تطبيق هذا المفهوم (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٦ ص ٧٦) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٦٠ ص ٥٠١ — ٢٩ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٦ ص ١١٣ .

(١) وتنص المادة ١/١١٥ مدني على أنه « إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من الأحكام » . ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١١٦ — (مطابق) — الليبي م ١/١١٥ (مطابق) — العراقي لا مقابل — اللبناني لا مقابل .

(٢) وتنص المادة ١/١١٦ مدني على أن « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك » . ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١/١١٧ (مطابق) — الليبي م ١/١١٦ (مطابق) — العراقي لا مقابل — اللبناني لا مقابل .

(٣) وتنص المادة ٢/١١٦ مدني على أن « تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » . ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية : السوري م ٢/١١٧ (مطابق) — الليبي م ٢/١١٦ (مطابق) — العراقي لا مقابل — اللبناني لا مقابل . وانظر م ٦٧ من قانون الولاية على المال وتنص على ما يأتي : « يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون » .

(٤) وهذا هو رأي أبي يوسف ، خلافاً لمحمد فيذهب إلى أن الحجر للسفه يثبت بقيام السبب نفسه لا بحكم القاضي .

ولا يسرى الحجر فى حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار . لكن يقع كثيراً أن السفيه أو ذا الغفلة يتوقع الحجر عليه فيتصرف فى ماله متواطئاً مع من تصرف له ، أو ينتهز الغير هذه الفرصة فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويبتز أمواله . فنى هاتين الحالتين — التواطؤ والاستغلال — يكون التصرف باطلا إذا كان من أعمال التبرع ، وقابلا للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة[1] .

وينصب القيم على السفيه وذى الغفلة على النحو الذى ينصب به القيم على المجنون والمعتوه . ولا تستمر الولاية أو الوصاية على القاصر إذا بلغ سفيها أو ذا غفلة ، بل يجب الحجر عليه ونصب قيم له . وولاية القيم على مال السفيه وذى الغفلة كولايته على مال المجنون والمعتوه (م ٧٨ قانون الولاية على المال) .

١١٧ — الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية : وهاتان حالتان تلحقان

---

(١) وهذا ما استقر عليه القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق (نقض مدنى ٦ نوفبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥ — ١٨ نوفبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٧ ص ٢١٣ — ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام القضاء ١ رقم ١٢٣ ص ٤٩١ — ٢٥ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٣ ص ٢٧٧ — ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٢١ ص ٨٤٧ — ١١ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤١ ص ٤٠٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٤١ ص ٢٦٨ — استئناف مصر ٢٦ نوفبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٨ ص ١٦٦) . وأكده التقنين المدنى الجديد فى المادة ٢/١١٥ وهى تنص على ما يأتى : « أما التصرف الصادر قبل تسجيل الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » . ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢/١١٦ (مطابق) — الليبى م ٢/١١٥ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع فى الدعوى هو أنه تقدم طلب للمجلس الحسبى بتوقيع الحجر على شخص للعته وضعف الإرادة وفقدان الأهلية ، ولم يصدر المجلس قراره بسبب وفاته أثناء تحقيق الطلب ، فرفع بعض ورثته الدعوى بطلب بطلان التصرفات الصادرة منه إلى بقية الورثة ، وكان الحكم إذ قضى ببطلان هذه التصرفات قد أثبت بالأدلة السائغة التى أوردها أن هذا الشخص كان فى حالة من ضعف الإرادة لا تتوافر معها صحة الرضا بالعقود الصادرة منه وهو ما جعله أساساً لبطلانها ، فإن النعى على الحكم بمخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس ، ولا يعيبه أن يكون قد وصف هذه الحالة بالغفلة إذ هذا الوصف لا يغير من حقيقة الأساس الذى أقام عليه قضاءه (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٣ ص ٢٥٧) .

عادة بالأهلية ، ولكنهما لا يتصلان بها إلا من حيث مظاهر الحجر وإقامة نائب عن المحجور .

فالغائب شخص كامل الأهلية لا تعرف حياته أو مماته ، أو تكون حياته محققة ولكنه هجر موطنه راضياً أو مرغماً ، وحالت ظروف قاهرة دون إدارته شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة ، وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه أو مصالح غيره[1]. وإذا ترك الغائب وكيلا عاماً ، قضت المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى ، وإلا عينت وكيلا غيره (م ٧٥ قانون الولاية على المال) . ويسرى على الغيبة ما يسرى على الوصاية من أحكام (م ٧٨ قانون الولاية على المال) . وتنتهى بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم باعتباره ميتاً وفقاً للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (م ٧٦ قانون الولاية على المال) .

أما المحكوم عليه بعقوبة جنائية فتقضى المادة ٢٥ من تقنين العقوبات بأن يكون محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويختار قيما تصدق عليه المحكمة ، أو يعين القيم المحكمة المدنية الكلية التى يقع فى دائرتها محل إقامته إذا لم يختر أحداً . ويتولى القيم إدارة ماله ، أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة . ونرى من ذلك أن الحجر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص أهليته فهو كامل التمييز . وإنما يرجع للضرورة من جهة ولاستكمال العقوبة من جهة أخرى .

١١٨ — المساعدة القضائية : تتقرر المساعدة القضائية (assistance judiciaire) إذا اجتمعت فى الجسم عاهتان من ثلاث : العمى والبكم والصمم : « فإذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك . ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل

---

(١) انظر م ٧٤ من قانون الولاية على المال . ويلاحظ أن المفقود فى الشريعة الإسلامية أخص من الغائب ، فهو من يختفى بحيث لا يعرف أحى هو أو ميت .

قرار المساعدة »(١) . والسبب فى المساعدة القضائية ليس نقض الأهلية عند من تقررت مساعدته فهو كامل التمييز ، ولكنه العجز الطبيعى فى التعبير عن الإرادة . وتتقرر المساعدة القضائية للتصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال ، وهى التصرفات التى لا يجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن المحكمة . ويعين المساعد القضائى ويعزل وفقا للأحكام التى تتبع فى تعيين القيم وعزله .

المطلب الثانى

عيوب الإرادة

(Vices du consentement)

١١٩ — حصر عيوب الإرادة : عيوب الإرادة هى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

---

(١) والنص المتقدم الذكر هو نص المادة ١١٧ مدنى . ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١٨ (مطابق) — الليبى م ١١٧ (مطابق) — العراقى م ١٠٤ (موافق) — اللبنانى لا مقابل .

وتنص المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال على أنه « إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ — ويجوز لها ذلك أيضاً إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد » . وتنص المادة ٧١ من نفس القانون على أنه « يشترك المساعد القضائى فى التصرفات المشار إليها فى المادة السابقة . وإذا امتنع عن الاشتراك فى تصرف ، جاز رفع الأمر للمحكمة ، فإن رأت أن الامتناع فى غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى إبرامه ، أو عينت شخصاً آخر للمساعدة فى إبرامه وفقاً للتوجيهات التى تبينها فى قرارها . وإذا كان عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر ، جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ، ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف » . وقد عرض النص الأخير لحالتين : حالة ما إذا امتنع المساعد القضائى فى غير مبرر من الاشتراك فى تصرف معين ، وحالة ما إذا امتنع من تقررت له المساعدة من إبرام تصرف معين فعرض أمواله بذلك للخطر . وفى الحالتين تأذن المحكمة لمن تقررت له المساعدة أو للمساعد القضائى فى إبرام التصرف ، ويكون هذا التصرف صحيحاً غير قابل للإبطال . أما إذا انفرد من تقررت له المساعدة بإبرام تصرف دون معاونة المساعد القضائى ودون الرجوع إلى المحكمة ، فإنه يجب فى هذه الحالة الثالثة إعمال نص المادة ٢/١١٧ مدنى واعتبار التصرف قابلا للإبطال لمصلحة من تقررت له المساعدة إذا صدر بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة .

ولا بد فى هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة : فالإرادة المعيبة هى إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص غير حر فى إرادته أو على غير بينة من أمره . فإرادته تعلقت بمحلها تعلقا حقيقياً ومن ثم فهى موجودة ، ولكنها ما كانت لتتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهى معيبة . أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجى لا ينطوى فى الواقع من الأمر على إرادة تعلقت بمحلها . وما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبى غير المميز لا يعتبر إرادة ، إذ أن أحداً من هؤلاء لا يميز ما يقول .

ويترتب على هذا التمييز الجوهرى أن العقد الذى يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود ، أو هو عقد باطل . أما العقد الذى يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة ، ولكن يجوز للمتعاقد الذى شاب إرادته عيب أن يبطله ، فهو عقد قابل للإبطال .

§ ١ – الغلط (*)

(L'erreur)

١٢٠ – **تحديد ما هو الغلط** : الغلط حالة تقوم بالنفس توهم غير الواقع . والذى نريده هنا نوع معين من الغلط هو الغلط الذى يعيب الإرادة ، فنرسم الدائرة التى تحصر نطاقه .

وأول نوع من الغلط نستبعده من دائرة بحثنا هو الغلط المانع (erreur obstacle) ، لأنه يعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها . وهذا غلط يقع فى ماهية العقد كما إذا أعطى شخص لآخر نقوداً على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة ، أو فى ذاتية المحل كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين

(*) مراجع : جوسران فى الباعث فى التصرفات القانونية فقرة ٣٠ وما بعدها – مورى (Maury) الغلط فى المادة فى عقود المعاوضة (مجموعة دراسات لتخليد ذكرى كاپيتان ص ٩١ وما بعدها) – سيليس (Celice) باريس سنة ١٩٢٢ – جودفروى (Goudfroy) باريس سنة ١٩٢٥ – موتون (Mouton) ليون سنة ١٩٢٥ – فهمى نور ليون سنة ١٩٢٦ – جورف (Gorphe) فى مبدأ حسن النية سنة ١٩٢٨ – مارت فورنييه (Marthe Fournier) ديجون سنة ١٩٣٦ – دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩٤٧ .

فباع إحداهما والمشترى يعتقد أنه يشترى الأخرى ، أو فى السبب بمعناه التقليدى كما إذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة . ففى الأمثلة المتقدمة لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية — ماهية العقد أو المحل أو السبب — فالتراضى غير موجود ، ومن ثم وجب استبعاد الغلط المانع من دائرة البحث فهو يتصل بوجود التراضى لا بصحته .

وهناك غلط لا يعدم الإرادة بل ولا يعيبها ، فيجب كذلك استبعاده من دائرة البحث . وهذا هو الغلط الذى يقع فى نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها ، أو فى تفسير الإرادة إذا أساء فهمها من توجهت إليه . وهو غلط لا يقع فى تكوّن الإرادة ذاتها ، بل فى نقلها أو فى تفسيرها بعد تكوّنها[1] . والفرق بين الغلط الذى يقع فى تكوّن الإرادة والغلط الذى يقع فى النقل أو فى التفسير أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما الغلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة .

ويبقى بعد ذلك الغلط الذى يصيب الإرادة وهو الذى يعنينا هنا ويجب أن نرسم دائرته . فهو من جهة غلط يقع فى تكوّن الإرادة لا فى نقلها ولا فى تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر فى الغلط المانع .

وإذا كان الغلط الذى يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد

---

(١) وهو أيضاً — كالغلط المانع — يكون سبباً فى عدم توافق الإرادتين فلا ينعقد العقد . هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الظاهرة فى حالة التحريف فى النقل (قارن المادة ١٢٠ من التقنين المدنى الألمانى) ، فيكون العقد صحيحاً ويؤخذ بالإرادة المحرفة على أنها هى الإرادة الصحيحة لمن صدرت منه الإرادة . والقضاء المصرى يأخذ بالرأى الأول ، ولا يعتبر العقد قد تم لعدم توافق الإرادتين . وسواء أخذ بالرأى الأول تمشياً مع نظرية الإرادة الباطنة أو أخذ بالرأى الثانى تمشياً مع نظرية الإرادة الظاهرة ، فإن الوسيط الذى حرف الإرادة يكون مسئولا نحو المتعاقد الأول إذا انعقد العقد ، أو نحو المتعاقد الآخر إذا لم ينعقد .

ومن قبيل الغلط فى النقل مجرد الغلط فى الحساب وغلطات القلم . وهذا الغلط لا يؤثر فى انعقاد العقد ولا فى صحته . وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى فى التقنين المدنى ، فنصت المادة ١٢٣ منه (والمادة ١٢٤ سورى والمادة ١٢٣ ليبى والمادة ١٢٠ عراقى) على أنه « لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » . انظر فى هذا المعنى : نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣ .

وإلا أعدم التراضى كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون غلطا جوهريا حتى يعيب الإرادة . ثم إن الغلط أمر خفى فى النفس فوجب لاستقرار التعامل أن يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يصح الاعتداد به . فنتكلم إذن فى مسألتين : (١) متى يكون الغلط جوهريا وعلى أى شىء يقع . (٢) كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط[١] .

(١) متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شىء يقع

١٢١ — معيار الغلط الجوهرى فى القانون الفرنسى وكيف تطور من معيار موضوعى إلى معيار ذاتى : كان الفقه الفرنسى التقليدى يقسم الغلط من حيث تأثيره فى صحة العقد الى أنواع ثلاثة : (١) غلط يجعل العقد باطلا وهو الغلط المانع الذى سبقت الإشارة اليه . (٢) وغلط يجعل العقد قابلا للإبطال ، ويكون فى حالتين : إذا وقع فى مادة الشىء محل الالتزام (substance même de la chose) (م ١١١٠ مدنى فرنسى) ، أو وقع فى شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد . (٣) وغلط لا يؤثر صحة العقد . ويكون أحوال أربع : إذا وقع فى وصف لا يتعلق بمادة الشىء محل الالتزام ، أو وقع فى قيمة هذا الشىء ، أو وقع فى شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار فى العقد ، أو وقع فى الباعث على التعاقد .

ولكن هذا الفقه التقليدى ما لبث أن تطور ، منتقلا من معيار موضوعى إلى معيار ذاتى . فقد كان يفسر عبارة « الغلط فى مادة الشىء ذاتها » الواردة فى المادة ١١١٠ مدنى فرنسى تفسيراً حرفياً ، ويعتبر أن مادة الشىء هى مجموع الخصائص التى تدخله فى جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى . فإذا اشترى شخص « شمعدان » من نحاس مطلى بالفضة ، كما كان يقول بوتييه ، فإن هذا الشخص يكون قد وقع فى غلط فى مادة الشىء إذا هو اعتقد أن « الشمعدان »

---

(١) وثبوت واقعة الغلط مسألة واقع يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦) . أما الشروط القانونية الواجب توافرها فى هذه الواقعة المادية لتكون غلطاً مؤثراً فى صحة العقد فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض .

من فضة خالصة . ثم تزحزح الفقه عن هذا التفسير الحرفى . فأضاف أوبرى ورو إلى هذا المعيار المادى معياراً ذاتياً ، فيجوز أن يتفق المتعاقدان ، صراحة أو ضمناً ، على توافر صفة معينة فى الشىء ، فتصبح هذه الصفة جوهرية بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشىء . ثم هجر الفقه الفرنسى الحديث المعيار الموضوعى أصالة ، واقتصر على المعيار الذاتى . وكان القضاء الفرنسى قد سبقه إلى ذلك ، فإن هذا القضاء لم يأخذ بالتقسيم الثلاثى للغلط الذى كان الفقه التقليدى يأخذ به . فهو قد استبعد النوع الأول – الغلط المانع – الذى يجعل العقد باطلا ، لأنه يتصل بوجود التراضى لا بصحته . وهدم الحاجز ما بين النوعين الثانى والثالث ، فاعتد بالغلط الذى يقع فى قيمة الشىء أو فى الباعث على التعاقد إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد . ولم يعتد بالغلط الذى يقع فى مادة الشىء إذا لم يكن هو الدافع .

فالعبرة إذن ليست بأن الغلط قد وقع فى مادة الشىء أو فى قيمته . بل العبرة بأن الغلط كان غلطاً جوهريا (essentielle) . بأن كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد (la raison principale et déterminate) . فقد يشترى شخص شيئاً على أنه أثر تاريخى ، ويعتقد فى الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب وهو فى الواقع مصنوع من البرونز . فهذا ليس بغلط جوهرى وإن كان غلطاً فى مادة الشىء مادام الذى اشتراه هو الشىء الأثرى الذى يقصده . ولا يعنيه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من معدن آخر . وقد استبدل الفقه والقضاء فى فرنسا بعبارة « مادة الشىء » (substance de la chose) عبارة أخرى اشتقها من الكلمة ذاتها هى « الصفة الجوهرية » (qualité substantielle) . أى الصفة التى اعتبرها المتعاقد فى الشىء . وهذا هو ما يقتضيه منطق سلطان الإرادة ، إذ يجب الأخذ بالإرادة على حقيقتها . لا معيبة بما تأثرت به من غلط أو غيره من العيوب .

١٢٢ — معيار الغلط الجوهرى فى التقنين المدنى المصرى معيار ذاتى :

وبالمعيار الذاتى أيضاً أخذ الفقه والقضاء فى مصر منذ عهد التقنين المدنى القديم ، وقد أسعفهما فى ذلك نصوص هذا التقنين ذاتها[١] . وجاء التقنين المدنى الجديد

(١) فقد كانت المادة ١٣٤/١٩٤ من التقنين المدنى السابق تنص على أن « الغلط موجب =

مؤيداً للمعيار الذاتى ، وصريحاً فى وجوب الأخذ به[١]. فالغلط حتى يكون سبباً فى إبطال العقد يجب أن يكون جوهريا . والغلط الجوهرى هو الغلط الذى يبلغ ، فى نظر المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لولم يقع فى الغلط . وقد اتخذ التقنينان سالفا الذكر قرينة موضوعية تنم عن هذه الحالة النفسية ، فقضيا بأن صفة الشىء تكون جوهرية ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراها جوهرية وفقاً لما لابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية . فإذا اشترى شخص من تاجر فى الآثار شيئاً ، فمن حقه أن يقيم من الظروف التى لابست العقد ، وهى أنه تعامل مع تاجر فى الآثار ، قرينة على أنه قصد أن يشترى شيئاً أثرياً . وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلا على نية المتعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للشىء مادام أنه قد اشتراها من تاجر فى الآثار .

= لبطلان الرضاء متى كان واقعاً فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد » ، وكما يقول النص الفرنسى للمادة ذاتها « متى كان واقعاً فى الناحية الرئيسية التى كانت محل اعتبار فى الشىء عند التعاقد » (le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat) وقد نقل النص لا عن التقنين المدنى الفرنسى ، بل عن القضاء والفقه فى فرنسا بعد التطور الذى أسلفنا ذكره . انظر فى القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى المصرى السابق نقض مدنى ٧ نوفبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص ٩٢٣ .

(١) فقد نصت المادة ١٢٠ من هذا التقنين على أنه « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى ، جاز له أن يطلب إبطال العقد » . ثم نصت المادة ١٢١ من نفس التقنين على أنه « ١ - يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لولم يقع فى هذا الغلط . ٢ - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : (ا) إذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد » .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢١ - ١٢٢ (مطابق) . الليبى م ١٢٠ - ١٢١ (مطابق) - العراقى م ١١٧ - ١١٨ (موافق) - اللبنانى م ٢٠٣ - ٢٠٥ (موافق) .

١٢٣ — على أى شىء يقع الغلط : والغلط الجوهرى ، بالتحديد الذى تقدم ، يصح أن يقع ، لافى صفة الشىء وفى الشخص فحسب ، بل أيضاً فى القيمة وفى الباعث . والعبرة بأنه غلط جوهرى ، لابأنه وقع فى هذا أو ذاك . ونستعرض الغلط فى هذه الأحوال المختلفة .

١٢٤ — الغلط فى صفة جوهرية فى الشىء : يخلص مما قدمناه أن الغلط فى صفة الشىء يكون جوهرياً إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد . وتطبيقاً لذلك قضى بأن بيع الأوراق المالية الصادرة من شركة حكم ببطلانها ، يجوز إبطاله للغلط الذى وقع فيه المشترى بشأن صفة جوهرية فى الشىء المبيع [١] . وقضى بأن بيع شىء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط ، ولايلتزم المشترى برفع دعوى الإبطال فى ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو ميعاد رفع الدعوى فى ضمان العيوب الخفية (فى التقنين المدنى القديم) ، أما هنا فالدعوى دعوى إبطال للغلط [٢] . وقضى بأنه إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع طوله خمسة أمتار ، ويتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها يؤدى إلى الطريق العام ، فإن العقد يجوز إبطاله للغلط [٣] .

ولكن لايعتبر غلطاً فى صفة جوهرية فى الشىء أن يقع خطأ فى بيان حدود الأرض المبيعة ، مادامت نمرة الأرض فى خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك [٤] .

١٢٥ — الغلط فى شخص المتعاقد : ويكون الغلط جوهريا فى شخص

---

(١) استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ — وانظر أيضاً استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ . ويعتبر غلطاً جوهرياً بيع قماش على أنه قابل للغسيل ، ثم يتبين أنه غير قابل لذلك (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤) .

(٤) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ — ولا يعتبر غلطا جوهريا أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً ، بل بين حدودها وموقعها ، وكانت معرفتها مستطاعة بذلك (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤ — وانظر أيضاً استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٧) .

المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار ، ويقع ذلك عادة فى عقود التبرع وقد يقع فى بعض عقود المعاوضة . ويقع الغلط فى ذات المتعاقد . كالغلط فى شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك . كما يقع فى صفة جوهرية من صفات المتعاقد . كأن يهب شخص لآخر مالا معتقداً أن رابطة قرابة تربطه به ثم يتبين أن هذه الرابطة غير موجودة ، وكأن يؤجر شخص منزلا لامرأة تحترف العهارة وهو لايعرف ذلك حتى لولم تكن تباشر مهنتها فى المنزل (١) .

١٢٦ — الغلط فى القيمة : قدمنا أن النظرية التقليدية كانت لاتقيم لهذا الغلط وزناً ، أما الآن فمن المقرر أن الغلط فى القيمة يكون جوهرياً إذا كان هو السبب الرئيسى الذى دفع إلى التعاقد . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، كان له أن يطلب إبطال البيع للغلط فى قيمة الشيء الذى باعه . وإذا استوفى المدين مبلغاً أقل ممايستحق عن غلط منه ، لم يكن هذا الوفاء مبرئاً لذمة المدين فى كل الدين (٢) . وإذا تخارج وارث مع بقية الورثة ، وتبين أنه وقع فى غلط جسيم فى تقدير قيمة حصته فى الميراث ، جاز له إبطال التخارج .

هذا ويلاحظ أن الفرق ما بين الغلط فى القيمة والغبن يقوم على أنه ليس من الضرورى أن المتعاقد المغبون يكون قد وقع فى غلط بالنسبة إلى قيمة الشيء الذى يتعاقد عليه ، فقد يكون على بينة من قيمته الحقيقية ويقبل الغبن بالرغم من ذلك .

١٢٧ — الغلط فى الباعث : وكانت النظرية التقليدية لاتقيم أيضاً للغلط

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الصفة التى اتخذها أمين النقل فى التعاقد من أنه مالك لسيارات وعربات أجرة لم تكن صفة جوهرية يترتب على عدم توافرها إبطال العقد (نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣ ص ١٠٨) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان المتعاقد ، وإن لم يدرج اسمه فى نقابة المهن الهندسية وقت تعاقده ، مرخصاً له فى مزاولة مهنة مهندس معمارى ، فإنه لا يكون ثمة غلط فى شخصيته أو صفته يجيز طلب إبطال العقد (نقض مدنى ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٥ ص ٨٤٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٥ .

فى الباعث وزناً [١] . ولكن النظرية الحديثة تجعل الغلط فى الباعث . إذا كان

---

(١) كان هناك نظريتان تقليديتان ، إحداهما للغلط وتميز بين الغلط فى السبب وهو يجعل العقد باطلا والغلط فى الباعث وهو لا يؤثر فى صحة العقد ، ونظرية أخرى للسبب وتميز بين السبب وهو وحده الذى يعتد به والباعث وهو لا يعتد به . فكان هناك تناسق تام ما بين النظريتين التقليديتين ، فالغلط فى السبب يجعل العقد باطلا ، إما بناء على نظرية الغلط باعتباره غلطا فى السبب ، أو بناء على نظرية السبب باعتباره سبباً مغلوطا . فلما تطورت نظرية الغلط ، صار الغلط الجوهرى فى الباعث يجعل العقد قابلا للإبطال . فإذا وضعنا هذه النظرية الحديثة فى الغلط إلى جانب النظرية التقليدية فى السبب ، بقى التمييز قائما بين الغلط فى السبب ويجعل العقد باطلا ، والغلط فى الباعث ويجعل العقد قابلا للإبطال . ولكن نظرية السبب التقليدية تطورت هى أيضاً ، وأصبح السبب هو *الباعث الدافع إلى التعاقد* ، ومن ثم أصبح *السبب المغلوط هو الباعث المغلوط* كما سنرى ، ويترتب عليه أن يكون العقد باطلا لا قابلا للإبطال . وواضح أن الغلط فى الباعث ، الذى يجعل العقد قابلا للإبطال فى النظرية الحديثة للغلط ، ليس هو إلا الباعث المغلوط ، الذى يجعل العقد باطلا فى النظرية الحديثة للسبب .

وقد وقف كثير من الفقهاء مترددين أمام هذه المسألة الدقيقة ، ولكنهم مع ذلك يستبقون التمييز بين الباعث المغلوط والغلط فى الباعث . فيترتب على هذا التمييز خلط عجيب مابين دائرتى السبب والغلط ، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما ، فإذا سمينا هذه المنطقة بالباعث المغلوط (motif erroné) كان العقد باطلا ، وإذا سميناها بالغلط فى الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلا للإبطال (انظر فى التوفيق ما بين الباعث المغلوط والغلط فى الباعث بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٥ وفقرة ٢٩٩ وفقرة ٣٠٤ وفقرة ٨٢٤) . أما الفقه المصرى فقد سار وراء الفقه الفرنسى فى هذا التناقض (عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ١٣٠ – محمود وهيبة فقرة ٢٦٠ وفقرة ٣١٨ – قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٥ هامش رقم ٢ . وقارن والتون ١ ص ٥٢ – ص ٥٣) . ومن الفقهاء المصريين من لا يزال يرى أن الغلط فى الباعث فى عهد التقنين القديم لا يؤثر فى صحة العقد إلا إذا اختلط بصفة جوهرية فى الشىء أو فى الشخص (أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٩ – ولكنه يؤثر فى التقنين المدنى الحديث : مصادر الالتزام فقرة ١٦٣ ، ويجعل العقد قابلا للإبطال فقرة ٢٣٩) . ومنهم من تبين أن نظرية السبب غير الصحيح هى نظرية الغلط ، ولكنه جعل الغلط جزءا من نظرية السبب ، ثم عاد فجعل الجزاء على كل من الغلط والسبب غير الصحيح هو البطلان النسبى (حلمى بهجت بدوى فقرة ١٧٣ وفقرة ١٧٩ وفقرة ١٩٨ وفقرة ٢٣٢ – وقارب عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٧٠ – ٢٧١ . وانظر أيضاً فى هذه المسألة توفيق شحاتة فى الالتزامات باللغة الفرنسية ص ٤٢ – ص ٤٣ – وانظر عبد الحى حجازى ٢ ص ٣٠٠ – سليمان مرقس فى نظرية العقد فقرة ١٩٦ – أنور سلطان فى مصادر الالتزام فقرة ١٢١ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٢٦) .

هذا التناقض المعيب توقاه التقنين المدنى الحديث ، فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة فى كل من الغلط والسبب . وانبنى على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة ، فزحزحها من دائرة السبب =

غلطاً جوهريا ، سبباً فى أن يكون العقد قابلا للإبطال . مثل ذلك أن يبيع شخص عيناً وهو مريض ويعتقد أنه فى مرض الموت ، ثم يشفى من المرض ، فهو لايستطيع أن يطعن فى البيع بأنه صدر فى مرض الموت لأن هذا الطعن لايقبل إلا من الورثة وبشرط أن ينتهى المرض بالموت . ولكن يستطيع أن يطعن فيه بالغلط ، فقد وقع فى غلط جوهرى فى الباعث له على هذا البيع[1] .

١٢٨ — الغلط فى الواقع والغلط فى القانون : ويستوى فى كل ماقدمناه من الأحكام أن يكون الغلط فى الواقع أوفى القانون[2] . وما تقدم من

= إلى دائرة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هى التى تسرى أحكامها على هذه المنطقة المشتركة ، فيكون الغلط فى الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال ، سواء سميناه غلطاً فى الباعث أو باعثاً مغلوطاً .

(١) ومن أمثلة الغلط فى الباعث ما قد يظن معه أنه ينبغى القول بأن الغلط فى الباعث لا يؤثر فى صحة العقد . فإذا استأجر موظف منزلا فى مدينة يعتقد أنه نقل إليها ، ثم يتبين بعد ذلك أنه لم ينقل ، كان هذا غلطاً فى الباعث . وقد يقال فى مثل هذا الفرض ينبغى ألا يؤثر الغلط هنا فى صحة العقد ، وإلا تعرض التعامل للتزعزع وعدم الاستقرار . ولكننا نرى عند التأمل أن الذى يعرض التعامل للتزعزع ليس هو أن يكون الغلط فى الباعث غلطاً جوهرياً ، بل أن يكون المتعاقد الآخر ليس له اتصال بهذا الغلط . وسنرى أنه يجب ، إلى جانب وجود غلط جوهرى ، أن يكون المتعاقد الآخر على اتصال بهذا الغلط ، فيشترك فيه أو يكون على علم به . ومادام المستأجر فى الفرض الذى قدمناه يستطيع أن يثبت أن المؤجر كان يعتقد مثله أنه نقل إلى المدينة التى استأجر فيها المنزل وأن هذا هو الدافع للاستئجار ، أو أن المؤجر كان على علم بأن النقل الذى دفع الموظف إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة غير صحيحة ، فإن إبطال الإيجار فى هذه الحالة لا يزعزع التعامل فى شىء .

(٢) وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٢٢ مدنى (وتطابق م ١٢٣ سورى وم ١٢٢ ليبى وتوافق م ٢٠٦ لبنانى ولا مقابل لها فى التقنين العراقى ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) إذ تقول : « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وقد نص القانون فعلا على غير ذلك فى عقد الصلح ، إذ قضى فى المادة ٥٥٦ مدنى بأنه « لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون » . ولم يكن التقنين المدنى القديم يشتمل على نص يماثل نص المادة ١٢٢ المتقدم الذكر ، فالتبس الأمر بسبب وجود قاعدة أخرى معروفة تقضى بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً ، أو ، لا يفرض فى أحد أنه يجهل القانون (nul n'est censé ignorer la loi) . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة الأخيرة لا يكون إلا فى الأحكام القانونية التى تعتبر من النظام العام ، كالقوانين الجنائية وبعض القوانين المدنية كالحد الأقصى للفوائد مثلا يعتبر من النظام العام . أما إذا كان الغلط واقعاً فى مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام ، فإنه يمكن التمسك بهذا الغلط لطلب إبطال العقد . وكان القضاء يجرى فى عهد التقنين المدنى القديم على أن الغلط فى القانون يفسد الرضاء (استئناف =

التطبيقات كان تمثيلا للغلط فى الواقع ، ويبقى أن نمثل للغلط فى القانون . فالغلط فى القانون الوارد على صفة جوهرية فى الشىء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعى وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنياً . فيجوز له فى هذه الحالة إبطال التعهد . ومثل الغلط فى القانون الوارد على شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقته مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته ، جاهلا أن الطلاق الرجعى ينقلب بائنا بانقضاء العدة ، ومثل الغلط فى القانون الوارد على القيمة أن يبيع وارث حصته فى التركة وهو يحسب أنه يرث الربع . فإذا به يرث النصف : ومثل الغلط فى القانون الوارد على الباعث ماقضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اعترف الوارث بحق للغير فى التركة معتقداً أن القانون الوطنى هو الواجب التطبيق ، ثم يتبين بعد ذلك أن القانون الإيطالى هو الذى يطبق وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضاء الوارث يكون مشوبا بغلط فى القانون [1] .

(ب) كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط

١٢٩ — الغلط المشترك : لايكفى أن يكون المتعاقد قد وقع فى غلط على النحو الذى قدمناه ، بل يجب أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بهذا الغلط . فإذا جهل المتعاقد الآخر أمر هذا الغلط ولم يكن يتوقعه ، وأبطلنا العقد مع ذلك ، تزعزع التعامل ، ولم يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى

= مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩١٥م ٢٧ ص ٣٤٤ – ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢١ : الاعتراف بصفة الحائز لعقار لا يكون صحيحاً إذا كان مبنيا على غلط فى القانون – ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١ : إمضاء الورثة على محضر جرد التركة المذكور فيه بيع صادر من المورث فى مرض الموت لأحد الورثة لا يعتبر إجازة لهذا البيع إذا كان الورثة الذين أمضوا محضر الجرد يجهلون حكم القانون فى بيع المريض مرض الموت) .

ويلاحظ أن المراد بالغلط فى القانون الغلط فى الأحكام القانونية التى ليست محلا للخلاف ، فهذا هو الذى يحتج به . أما الغلط فى المسائل المختلف فيها وترجيح أحد الآراء خطأ على الآراء الأخرى ، فلا أثر له فى صحة العقد (نقض مدنى ٣ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٧ ص ٣٩٤ – استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٤) .

(١) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ .

اطمأن إليه وقد انهار بدعوى الغلط . وهو بعد لم يدخل فى سريرة المتعاقد الذى يدعى الغلط .

من أجل ذلك قال كثير من الفقهاء إن الغلط الفردى لايكفى ، بل يجب أن يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين . فإذا باع شخص لآخر صورة على أنها من صنع مصور معروف ، وجب أن يكون كل من البائع والمشترى يعتقد أن الصورة هى من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشترى طلب إبطال البيع للغلط إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما إذا كان المشترى وحده دون البائع هو الذى يعتقد ذلك . فلايكون الغلط مشتركاً ولايكون سبباً فى إبطال البيع حتى لايفاجأ البائع بدعوى إبطال العقد وهو لايعلم شيئاً عن الغلط الذى وقع فيه المشترى .

ولكن هذا الرأى الذى يوجب لإبطال العقد أن يكون الغلط مشتركاً لايتمشى مع المنطق . ولايتفق مع العدالة . وليس ضرورياً لتحقيق استقرار التعامل . فهو لايتمشى مع المنطق ، لأن الغلط يفسد رضاء من وقع فيه ولايمنع من هذا الفساد أن المتعاقد الآخر لم يشترك فى الغلط . وهو لايتفق مع العدالة ، لأن الغلط قد لايكون مشتركاً ولكن المتعاقد الآخر يعلم بالغلط ويترك المتعاقد الأول مسترسلا فيه ، فعند أصحاب هذا الرأى يكون الغلط فردياً ولايوجب إبطال العقد ، وهذه نتيجة تصطدم مع العدالة . والرأى أخيراً ليس ضرورياً لاستقرار التعامل ، ويظهر ذلك فى وضوح لو اقتصرنا على اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بالغلط على الوجه الذى سنبينه فيما يلى .

١٣٠ — **الغلط الفردى الذى يتصل به المتعاقد الآخر** : يكفى إذن أن يكون الغلط فرديا . ولكن إذا كان المتعاقد الآخر لم يشترك فى هذا الغلط [١]، وجب حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط أن يكون على علم به أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه [٢] . فإذا كان المتعاقد الآخر على علم بالغلط وبأنه هو الدافع

---

(١) أما إذا اشترك فيه ، فإن الغلط المشترك يكون بداهة سبباً لإبطال العقد .

(٢) وهذا ما تقضى به المادة ١٢٠ مدنى (وتطابق م ١٢١ سورى وم ١٢٠ ليبى وتوافق م١١٩ عراق وتقارب م ٢٠٧ لبنانى) ، فهى تنص على أنه « إذا دفع المتعاقد فى غلط =

إلى التعاقد . فلاحق له الشكوى من إبطال العقد . إذ يكون سيئ النية . وإذا لم يكن على علم بالغلط ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه . فلاحق له الشكوى كذلك لأنه يكون مقصراً . أما إذا لم يتصل المتعاقد الآخر بالغلط على أي وجه ، لم يشترك فيه ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه ، فإنه يكون حسن النية غير مقصر . ولاتجوز مفاجأته بإبطال العقد . ومن ثم لايكون الغلط في هذه الحالة سبباً في إبطال العقد(١) .

ويخلص من ذلك أن الغلط الجوهرى لايجعل العقد قابلا للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً ، أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه . وليس في ذلك إخلال باستقرار التعامل . فالمتعاقد الآخر إذا اشترك في الغلط يكون حسن النية ، ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد . وإن علم بالغلط كان سيئ النية ، والإبطال جزاء سوء نيته . وإن كان لايعلم بالغلط ولكن من السهل عليه أن يتبينه فهو مقصر ، وتعويض التقصير الإبطال(٢) .

= جوهرى ، جاز له أن يطالب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى الغلط . أوكان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

(١) والمخطئ فى هذه الحالة هو المتعاقد الأول الذى وقع فى الغلط وأهمل فى الكشف عن نيته فلم يجعل المتعاقد الآخر يتبين أو يستطيع أن يتبين ما شاب إرادته من غلط . فإذا قلنا إن الغلط مع ذلك يفسد إرادته ، ساغ القول أيضاً إنه وهو مخطئ يجب عليه التعويض ، وخير تعويض فى هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً . ولا يكون العقد قد قام عندئذ على الإرادة الحقيقية ، بل قام على أساس اعتبارات عملية ترجع لوجوب استقرار التعامل . أو يقال إننا اعتددنا فى هذه الحالة بالإرادة الظاهرة للمتعاقد الذى وقع فى الغلط ، ونظير ذلك العقد الذى تختلف فيه الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة والعقد الذى لا يقترن فيه القبول بالإيجاب إلا حكما ، ففى هاتين الحالتين أيضاً لا يقوم العقد على الإرادة الحقيقية ، بل على الإرادة الظاهرة أو على الثقة المشروعة .

(٢) والمتعاقد الذى يدعى وقوعه فى الغلط هو الذى ينهض بعبء إثبات وقوعه فى الغلط واتصال المتعاقد الآخر بهذا الغلط على النحو الذى بيناه ، وهذه وقائع مادية يجوز له إثباتها بجميع الطرق . ومما يجعل هذا الإثبات عسيراً أن يكون الغلط الذى وقع فيه غلطاً لا يعذر من أجله ، فإن مثل هذا الغلط يبعد أن يكون المتعاقد الآخر قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . ومن هنا وجد معيار آخر هو الغلط المغتفر (erreur excusable) والغلط غير المغتفر (erreur inexcusable) . فالغلط المغتفر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان على الأقل يسهل عليه أن يتبينه . أما الغلط غير المغتفر فيفرض فيه أن المتعاقد الآخر لم يكن من السهل عليه أن يتبينه إذ لا يتصور أن يقع أحد فيه . ويجوز إذن القول بأن الغلط إذا كان غير مغتفر كان هذا قرينة قضائية على جهل المتعاقد الآخر به وعلى أنه لم يكن من السهل عليه أن يتبينه .

١٣١ — تطبيق الغلط الذى يتصل به المتعاقد الآخر على أحوال الغلط المختلفة : ونطبق الغلط الذى يتصل به المتعاقد الآخر على أحوال الغلط المختلفة : الغلط فى الشىء والغلط فى الشخص والغلط فى القيمة والغلط فى الباعث . حتى نتبين أن استقرار التعامل مكفول على نحو مرضى فى جميع هذه الأحوال .

فإذا كان الغلط فى الشىء ، كأن اشترى شخص شيئاً ظنه أثرياً فإذا هو مجرد تقليد ، فعليه أن يثبت أنه كان يظنه أثرياً وأن البائع كان يظن مثله أن الشىء أثرى وأن هذه الصفة هى التى دفعت المشترى إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشىء غير أثرى وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشترى إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشىء أثرى . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عنى المشترى وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشترى الشىء لأنه أثرى . فإذا هو لم يبين ذلك ، فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن ، وكأن تكون مهنة البائع هى الاتجار فى الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط فى الشخص ، كمن يهب مالا لشخص يعتقد أنه ابن له غير شرعى ، كان للواهب أن يطلب إبطال الهبة للغلط إذا أثبت أن الموهوب له كان يشاطر الواهب فى الاعتقاد بأنه ابنه غير الشرعى وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة ، أو إذا أثبت أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان مع ذلك يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بالوهم الذى قام فى نفس الواهب وأن هذا الوهم هو الذى دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط فى القيمة ، كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، كان على البائع أن يثبت أن المشترى كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة ، أو أن هذا المشترى مع علمه بربح الجائزة كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بجهل البائع لذلك ؛ ومجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن البائع كان لا يعلم بربح الجائزة ، وقرينة فى الوقت ذاته على أن المشترى كان مشتركاً فى الغلط ، أو كان عالما به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه ؛

وإذا كان الغلط فى الباعث ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه فى مرض الموت ثم شفى ، كان على البائع أن يثبت أن المشترى كان يعتقد هو أيضاً أن البائع فى مرض الموت ، أو أنه يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يعتقد أنه فى مرض الموت . وقد تقوم صورية الثمن أو تفاهته مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

١٣٢ — التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية : وأى تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية ، يكون غير جائز . فإذا اشترى شخص أرضا محصورة وكان يعتقد أن لها منفذاً ، فعرض عليه البائع النفقات التى يقتضيها حصوله على منفذ للطريق العام ، لم يجز للمشترى أن يتمسك بإبطال العقد للغلط ، وإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح الجائزة ، لا يحق له إبطال البيع إذا نزل له المشترى عن الجائزة . وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض عليه البائع أن يعطيه الشيء الأثرى الذى قصد شراءه[1] .

§ ٢ — التدليس(*)

(Le dol)

١٣٣ — علاقة التدليس بالغلط : التدليس هو إيقاع المتعاقد فى غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط ، والتدليس لا يجعل

---

(١) وتنص المادة ١٢٤ مدنى (وتطابق م ١٢٥ سورى وم ١٢٤ ليبى ولا مقابل لها لا فى العراقى ولا فى اللبنانى) صراحة على ذلك إذ تقول : « ١ — ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ — ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد » .

(*) مراجع : سالى فى إعلان الإرادة فقرة ٥٠ وما بعدها — ديموج ١ فقرة ٣٣٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٩ وما بعدها — دريفيس (Dreyfus) فى التدليس المدنى والجنائى باريس سنة ١٩٠٧ — يحيى تاج الدين فى التدليس وفى التصوير غير الصحيح ليون سنة ١٩٢٦ — جاى (Gay) فى التأثير غير المشروع فى القوانين الأنجلوسكسونية ديجون سنة ١٩٢٧ — جورف (Gorphe) فى مبدأ حسن النية باريس سنة ١٩٢٨ — أجلشتين (Agalstein) فى التدليس والغش من ناقص الأهلية باريس سنة ١٩٢٨ — كوهين (Cohin) فى الكتمان الخاطئ باريس سنة ١٩٢٩ — بيران (Perrin) فى التدليس فى تكوين التصرفات القانونية باريس سنة ١٩٣١ — فوان (Vouin) فى حسن النية بوردو سنة ١٩٣٩ .

العقد قابلا للإبطال إلا الغلط الذى يولده فى نفس المتعاقد (١) .

فالتدليس إذن يؤدى إلى الغلط ويختلط به . فنحدد أولا عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس .

(١) عناصر التدليس

١٣٤ — عنصر التدليس : للتدليس عنصران : (١) عنصر موضوعى وهو الطرق الاحتيالية التى تستعمل ، ويستوى أن تصدر من أحد المتعاقدين أو من أجنبي عن العقد . (٢) وعنصر نفسى وهو أن تكون هذه الطرق الاحتيالية هى التى دفعت إلى التعاقد (٢) .

١٣٥ — العنصر الأول — استعمال طرق احتيالية : للطرق الاحتيالية جانبان : جانب مادى هو الطرق المادية التى تستعمل للتأثير فى إرادة الغير ، وجانب معنوى هو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع .

---

(١) ويختلف التدليس المدنى (dol civil) عن التدليس الجنائى (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) فى أن الطرق الاحتيالية فى النصب عنصر مستقل قائم بذاته . وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتيالية المستعملة فى التدليس المدنى .

ويختلف التدليس عن الغش فى أن التدليس إنما يكون فى أثناء تكوين العقد . أما الغش فقد يقع فى أثناء تنفيذ العقد وقد يقع خارجا عن دائرة العقد .

(٢) ويستخلص هذان العنصران من نص المادة ١٢٥ مدنى (وتطابق م ١٢٦ سورى وم ١٢٥ ليبى ، وتوافق م ١٢١ وم ١٢٣ عراقى وم ٢٠٨ لبنانى) وتجرى على الوجه الآتى : « ١ – يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد . ٢ – ويعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد قررت أن التدليس يجب أن يكون وليد إجراءات احتيالية أو وسائل من شأنها التغرير بالعاقد بحيث يشوب إرادته ولا يجعله قادراً على الحكم على الأمور حكماً سليما ، ثم ذكرت الوقائع وأنزلت حكم القانون عليها وانتهت إلى أن هذا الادعاء على فرض صحته تنقصه الأركان اللازم توافرها لقيام الغش قانونا وأنه ليس من شأنه التغرير بالعاقد ، فإن الحكم يكون صحيحاً لا مخالفة فيه للقانون (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٤ ص ٧١٥) . وقضت أيضاً بأن تقدير ثبوت أو عدم ثبوت التدليس الذى يجيز إبطال العقد هو من المسائل التى تستقل بها محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٦ ص ٢٦٣) .

والذى يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للتدليس هو الذى يحمل عبء إثبات هذا التدليس بعنصريه ، ويثبته بجميع طرق الإثبات ، حتى لو كان العقد المطعون فيه بالتدليس مكتوباً ، لأن التدليس واقعة مادية (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩) .

فالطرق المادية لاتقتصر عادة على مجرد الكذب . بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد . وهذه الأعمال المادية يجب أن تكون كافية لتضليل بحسب حالة المتعاقد . فالمعيار هنا ذاتى . فهناك من لاينخدع بمجرد الكذب ، ولكن ينطلى عليه اتخاذ صفات منتحلة أوظهور المدلس بمظهر اليسار والسعة . والجمعية التى تتخذ لها مظاهر من الإعلان توهم أن أعضاءها مسئولون شخصياً عن التزاماتها ترتكب تدليساً يبطل التعاقد الذى يتم بينها وبين الغير[١] . ويكون باطلا للتدليس عقد التأمين الذى يتقدم فيه شخص آخر غير المؤمن له للكشف الطبى[٢] . وإذا أظهر الدائن ما من شأنه إيهام الكفيل بقيام المدين بتعهداته . فجدد الكفيل كفالته تحت تأثير هذا الإيهام . فالتجديد يجوز إبطاله[٣] . وإخفاء المستندات . واصطناعها ، والتزوير فيها ، كل هذا يعتبر طرقاً احتيالية .

ولكن لايشترط فى التدليس المدنى أن تكون الطرق الاحتيالية مستقلة عن الكذب قائمة بذاتها ، كما يشترط ذلك فى النصب الجنائى . وقد يكفى الكذب وحده طريقاً احتياليا فى التدليس . والمهم أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق ، واختار الطريق الذى يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعاقد . فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتنصب له حبائل معقدة ، ومنهم من يسهل غشه فيكفى لتضليله مجرد الكذب . ويلاحظ أنه كثيراً ما يعتبر إعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين تدليساً يبطل العقد[٤] . بل قد يكفى مجرد الكتمان (réticence) ليكون طريقاً احتياليا إذا كان الأمر المكتوم خطيراً ويعر

---

(١) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٣ .

(٢) استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠ .

(٣) استئناف وطنى ٣٠ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٧٥ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢٢ .

(٤) فإذا ذكر المؤمن له وهو نجار أنه مزارع ليخفى بذلك عن الشركة الأخطار التى تنجم عن مهنته ، كان هذا تدليساً (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦) . وإذا ذكر المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها ، كان هذا تدليساً (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥) . وإذا أخفى المؤمن له نفسه وذكر اسم شخص آخر ، فإن هذا البيان الكاذب يعتبر تدليساً (استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٤) .

المتعاقد المدلس خطره ويتعمد كتمه دون أن يستطيع المتعاقد المدلس عليه معرفته من طريق آخر(١) .

بقي الجانب المعنوي وهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع . فإذا انعدمت هذه النية لم يكن هناك تدليس ، كالتاجر يبرز ما يعرضه في أحسن صورة وهو لا يقصد التضليل بل يريد استهواء الناس ، وكبائع السلعة يروج لسلعته فينتحل لها أحسن الأوصاف مادام هذا مألوفاً في التعامل(٢) . وقد توجد نية التضليل ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع ، كما إذا استعمل المودع طرقاً احتيالية للحصول من المودَع عنده على إقرار بالوديعة بعد أن تبين أنه شخص غير أمين .

١٣٦ — العنصر الثاني — التدليس هو الدافع إلى التعاقد : والعنصر النفسي في التدليس هو أن تكون الطرق الاحتيالية هي التي دفعت إلى التعاقد . وقاضي الموضوع هو الذي يبت في ذلك ، فيقدر مبلغ أثر التدليس في نفس المتعاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان هذا التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد ، ويسترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب .

ويميز الفقه عادة بين التدليس الدافع (dol principal) وهو التدليس بالتحديد الذي قدمناه ، والتدليس غير الدافع (dol incident) وهو تدليس

---

(١) فكتمان المؤمن على حياته لمرض أصابه قبل التأمين يعد تدليساً (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وكذلك يعد تدليساً كتمان المؤمن له عن شركة التأمين أن شريكه كان قد توعده أمام شهود بإحراق متجره (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ٧٩) . وإذا كتم بائع العقار عن المشتري أن العقار شرع في نزع ملكيته للمنفعة العامة أو أنه مستحق كلياً أو جزئياً أو كتم ما يثقل العقار من الحقوق متعمداً إخفاء ذلك عن المشتري ، كان هذا تدليساً (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٧) . ولكن مجرد علم البائع أن دعوى استحقاق رفعت ضده فلا يخبر المشتري بذلك دون أن تكون عنده نية التضليل ، بل وهو قوي الاعتقاد بملكيته لا يعد تدليساً (نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ ص ١٠٤٩) . ولا يعد تدليساً كتمان الدائن المرتهن عن مشتري العقار المرهون أن هناك رهناً آخر على العقار مادام المشتري يستطيع معرفة هذا الرهن من طريق الكشف عن حالة العقار في مصلحة الشهر العقاري (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١) .

(٢) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ .

لا يحمل على التعاقد وإنما يغرى بقبول شروط أبهظ ، فلا يكون سبباً فى إبطال العقد بل يقتصر الأمر فيه على تعويض يسترد به المتعاقد المخدوع ما غرمه بسبب هذا التدليس وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية . فإذا أطلع بائع العقار المشترى على عقود إيجار مبالغ فيها ليوهمه أن ريع العقار مرتفع ، وكان ذلك سبباً فى زيادة الثمن ، لم يجز للمشترى أن يطلب إبطال البيع للتدليس ، وليس له إلا أن يطلب تعويضاً هو ما دفعه زيادة فى الثمن بسبب هذا التدليس[1] .

١٣٧ — التدليس الصادر من الغير : كانت المادة ١٣٦/١٩٦ من التقنين المدنى القديم تقضى فى نصها العربى بأن « التدليس موجب لعدم صحة الرضاء ، إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى » . فكان الفقه والقضاء فى مصر يذهبان إلى أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر ، أما إذا صدر من الغير فإنه لا يكون سبباً فى إبطال العقد ، بل يرجع المتعاقد المخدوع على الغير الذى دلس عليه بالتعويض[2] . ولكن التدليس ، سواء صدر من المتعاقد الآخر

---

(١) وهذا التمييز منتقد . ذلك أن التدليس الذى يغرى بالتعاقد بشروط أبهظ هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط ، فالتدليس هنا أيضاً يعيب الإرادة ويجب أن يكون سبباً فى إبطال العقد (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٨) . ويلاحظ أن هناك وجها للتوفيق بين من يقول بهذا التمييز ومن لا يقول به . فى التدليس غير الدافع ، إذا اختار العاقد المخدوع إبطال العقد وفقاً لرأى القائلين بعدم التمييز ، جاز للمتعاقد الآخر أن يعوضه عن الضرر الذى أصابه بسبب التدليس فيمنعه بذلك من إبطال العقد. ونحن نقيس فى ذلك التدليس على الغلط فى أن كلا منهما لا يجوز التمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية . ومتى استقام هذا الحل ، اقتصر المتعاقد المخدوع على التعويض وفقاً لكل من الرأيين (قارن محكمة الاستئناف المختلط فى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٠) .

(٢) والواقع أن هذا التمييز يرجع فى الأصل لأسباب خاصة بالقانون الرومانى . فقد كان البريطور يعطى الدعوى والدفع ، فيما يختص بالتدليس ، ضد الشخص الذى صدر منه التدليس . فإذا ما داخل العقد تدليس صادر من الغير ، لم يكن للمتعاقد الذى وقع فى التدليس إلا الرجوع على هذا الغير ، ولا رجوع له على المتعاقد الآخر ، فيبقى العقد صحيحاً لا سبيل إلى إبطاله (جيرار طبعة سادسة ص ٤٧١) . وبالرغم من زوال هذه الأسباب فقد تلقى القانون الفرنسى القديم القاعدة ميراثا من التقاليد ، وانتقلت منه إلى التقنين المدنى الفرنسى (م ١١١٦) . فقام الفرق ، دون مبرر ، بين الإكراه وهو يبطل العقد ولو صدر من الغير ، وبين التدليس ولا يبطل العقد إلا إذا صدر من المتعاقد الآخر .

أو صادر من الغير ، يعيب الإرادة فى الحالتين . فلا توجد علة منطقية لهذا التمييز (١) . ومن ثم أصلح التقنين المدنى الجديد هذا العيب . فنص صراحة على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم . أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا التدليس »(٢). فأصبح التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر سواء فى إبطال العقد . إلا أن التدليس الصادر من الغير يجوز أن يكون المتعاقد الآخر قد جهله . ومن ثم اشترط فيه أن يكون المتعاقد الآخر يعلمه أو من المفروض أن يعلمه حتى يبطل العقد . فإذا لم يثبت المتعاقد المخدوع ذلك . فإن العقد لا يجوز إبطاله (٣) . ويرجع المتعاقد المخدوع بالتعويض على الغير الذى صدر منه التدليس .

(ب) نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس

١٣٨ — الغلط يغنى عن التدليس فى النظرية الحديثة : إذا التزمنا النظرية التقليدية ، كان للتدليس دائرة أوسع من دائرة الغلط . فهناك أحوال لا يكفى فيها الغلط لإبطال العقد ، كالغلط فى الباعث والغلط فى القيمة . فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع كان التدليس لا الغلط هو السبب فى إبطال العقد . أما فى النظرية الحديثة فدائرة التدليس هى نفس دائرة الغلط . والغلط يغنى عن التدليس . ولا يمكن فى النظرية الحديثة أن يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلا فى الوقت ذاته لأن يبطل للغلط . ذلك أن التدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً ، وهو إنما يبطل العقد لما يوقع فى نفس المتعاقد من

---

(١) وكان الفقه المصرى يستطيع أن يرجع إلى النص الفرنسى للمادة ١٣٦/١٩٦ من التقنين المدنى القديم ، فإن الترجمة الدقيقة لهذا النص هى ما يأتى : « التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث لولاها لما رضى » . فلم يميز النص بين تدليس يصدر من المتعاقد الآخر وتدليس يصدر من الغير ، بل أطلق فجعل التدليس يعيب الإرادة فى الحالتين .

(٢) م ١٢٦ مدنى (وتطابق م ١٢٧ سورى وم ١٢٦ ليبى . وتوافق م ١٢٢ عراقى وم ٢٠٩ لبنانى) .

(٣) ذلك أن المتعاقد الآخر الذى لا يعلم التدليس ولا يستطيع أن يعلمه يكون حسن النية ، فإذ أبطلنا العقد كان له أن يطالب تعويضاً ، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً . وهذا تطبيق آخر لقيام العقد على سبيل التعويض ، لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد بل على الإرادة الظاهرة .

الغلط . فالغلط الناشئ من التدليس هو إذن الذى يبطل العقد . والغلط الدافع ، سواء صحبه التدليس أو لم يصحبه ، يبطل العقد . ولو وقع فى الباعث أو فى القيمة وفقاً للنظرية الحديثة . فنرى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن فى الوقت ذاته أن يبطل للغلط ، وأن نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس .

١٣٩ — ولكن التدليس لا يغنى عن الغلط : ذلك أن التدليس إذا لم يوقع فى نفس المتعاقد غلطاً ، فلا أثر له فى صحة العقد . فإذا وجد التدليس دون الغلط ، لم يجز إبطال العقد استغناء عن الغلط بالتدليس . فالعبرة إذن بالغلط لا بالتدليس . وإذا كان الغلط يغنى عن التدليس ، فإن التدليس لا يغنى عن الغلط .

على أن هناك فرقين عمليين بين غلط مصحوب بالتدليس وغلط غير مصحوب به : (١) يسهل إثبات الغلط المصحوب بالتدليس لوجود طرق احتيالية يكون عادة من السهل إثباتها . أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فأمر نفسى محض ، يصعب عادة إثباته . (٢) إذا صحب التدليس الغلط ، جاز إلى جانب إبطال العقد الحصول على تعويض للتدليس . أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه إبطال العقد . ولا محل للتعويض إلا إذا ثبت خطأ فى جانب المتعاقد الذى علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به .

وبالرغم من أن الغلط يغنى عن التدليس ، فقد آثر التقنين المدنى الحديث أن يستبقى التدليس إلى جانب الغلط جرياً على التقاليد ، لا سيما إذا اقترنت بهذه الفروق العملية .

§ ٣ – الإكراه(*)

(La violence)

١٤٠ — نظرة عامة فى الإكراه : الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد . والذى يفسد الرضاء ليست هى الوسائل المادية

(*) مراجع : ريبير فى القاعدة الأدبية فقرة ٤٥ وما بعدها – جوسران فى الباعث فى التصرف القانونى الخاص فقرة ٧١ وما بعدها – لالمان (Lallement) فى حالة الضرورة فى المسائل المدنية باريس سنة ١٩٢٢ . بريتون (Breton) فى الإكراه كعيب فى الرضاء كان سنة ١٩٢٥ .

التى تستعمل فى الإكراه ، بل هى الرهبة التى تقع فى نفس المتعاقد ، كما أن الذى يفسد الرضاء فى التدليس ليست هى الطرق الاحتيالية بل ما تحدثه هذه الطرق فى نفس المتعاقد من الغلط .

والإكراه يفسد الرضاء ولكنه لايعدمه ، فالمكره إرادته موجودة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكروه الذى هدد به فاختار أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التى صدرت منه ليست حرة مختارة . وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكرِه بيد المكرَه وأجرى القلم فى يده بالتوقيع على التزام . فى هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء ، لاقابلا للإبطال للإكراه .

وعناصر الإكراه كعناصر التدليس اثنان : (١) عنصر موضوعى وهو استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق . (٢) وعنصر نفسى وهو الرهبة التى يبعثها الإكراه فى النفس فتحمل على التعاقد . فنتناول بالبحث هذين العنصرين ، ثم نبحث الجهة التى يصدر عنها الإكراه فقد تكون أحد المتعاقدين أو الغير أو مجرد المصادفة .

(١) استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق

١٤١ — تحليل هذا العنصر : تنص المادة ١٢٧ مدنى على أنه « ١ — يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس . ٢ — وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيما محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . ٣ — ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه »[١] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : سورى م ١٢٨ (مطابق) — ليبى م ١٢٧ (مطابق) . عراقى م ١١٢ — ١١٦ (موافق) — لبنانى ٢١٠ — ٢١٢ (موافق) .

وكان التقنين المدنى القديم ينص فى المادة ١٣٥/١٩٥ على أنه « لا يكون الإكراه موجبا لبطلان المشارطة إلا إذا كان شديداً بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز ، مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة » . وقد خلط هذا النص بين معيار موضوعى هو معيار ذوى التمييز (personne raisonnable) ، ومعيار ذاتى هو معيار العاقد بالذات . وقد نقل هذا الخلط =

ويخلص من هذا النص أن وسائل الأكراه هي الخطر الجسيم المحدق بالنفس أو بالمال يهدد المتعاقد نفسه أو غيره . وقد يستغل صاحب الحق حقه لابتزاز فائدة غير مشروعة ، كما قد يستغل صاحب الشوكة والنفوذ الأدبي شوكته ونفوذه ليحقق غرضاً غير مشروع . والإكراه إما أن يقع على الجسم كالضرب المبرح ، ويسمى بالإكراه الحسي (violence physique) وهو نادر لاسيما في الأوساط المتحضرة . أو يقع على النفس فيهدد بإلحاق أذى دون إيقاعه بالفعل أو يحدث ألماً نفسياً . ويسمى بالإكراه النفسي (violence morale) ، وهذا هو الإكراه الأكثر وقوعاً في الحياة العملية . وليس هناك فرق بين الإكراه الحسي والإكراه النفسي . فكلاهما يفسد الرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال ، ولكن لما كان الإكراه النفسي هو الأكثر وقوعا فإن الكلام ينصرف في الغالب إليه .

فنتكلم في المسائل الآتية : (١) الخطر الجسيم المحدق بالنفس أو بالمال . (٢) استغلال صاحب الحق حقه كوسيلة للإكراه . (٣) الشوكة والنفوذ الأدبي كوسيلة للإكراه .

١٤٢ — الخطر الجسيم المحدق بالنفس أو بالمال : يجب أن يكون الخطر الذي يتهدد المتعاقد خطراً جسيما . والعبرة في جسامة الخطر بحالة المكره النفسية . فلو كانت وسائل الإكراه التي استعملت غير جدية ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة في نفس المكره وصورت له أن خطراً جسيما يتهدده ، فإن هذا يكفي لإفساد الرضاء . مثل ذلك أن يهدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة ، كأن يلحق الأذى بمواشيه عن طريق « السحر والتعزيم » . أو أن يهدده بأن له

= عن التقنين المدني الفرنسي في المادة ١١١٢ . ويرجع الخلط في التقنين الفرنسي إلى أن بوتييه عند بحثه في الإكراه ذكر أن القانون الروماني كان يتخذ لجسامة الإكراه معيار « الرجل الشجاع » ، وعقب على ذلك بأن قواعد الإكراه في القانون الروماني عادلة وهي تتفق مع القانون الطبيعي ، إلا هذا المعيار الشديد فإنه معيار جامد قاس لا يصح اتباعه ، بل يجب النظر في هذه المسألة إلى سن الشخص وجنسه وحالته . فأخذ واضعو التقنين الفرنسي معيار القانون الروماني الموضوعي ولكنهم ذكروا « الرجل المعتاد » بدلا من « الرجل الشجاع » ، ثم أضافوا إلى هذا المعيار الموضوعي معيار بوتييه الذاتي . وفاتهم أن المعيارين متعارضان ، وأن بوتييه إنما أراد استبدال معياره الذاتي بمعيار القانون الروماني الموضوعي (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٤ هامش رقم ٣) .

قدرة على « الربط والحل » ، أو نحو ذلك مما يقع فى الأوساط القروية الساذجة(١) .

ويجب أيضاً أن يكون الخطر محدقاً (imminent) أى وشيك الوقوع (٢). فلو تراخى التهديد بالخطر إلى أجل يتمكن معه المتعاقد من اتخاذ الحيطة ، لم يكن هناك إكراه يفسد الرضاء . والأمر على كل حال منوط بحالة المتعاقد النفسية . فقد تنبعث فى نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل . فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالا فى نفس المتعاقد . لا بأن الخطر حال أو محدق .

والخطر الجسيم المحدق إما أن يتهدد المتعاقد فى جسمه أو نفسه كخطر يتهدد حياته أوسلامة أعضائه أو يحدث ألما نفسياً له ، أو أن يتهدده فى شرفه واعتباره بين الناس كتهديده بإذاعة أسرار تمس شرفه واعتباره . أو أن يتهدده فى ماله كتهديده بإتلاف مزروعاته أو إحراق داره .

وقد يهدد الخطر . ليس المتعاقد ذاته . بل شخصاً غيره عزيزاً عليه . فأقارب المتعاقد والزوج والخطيب والخطيبة بل والأصدقاء ، قد يكون منهم من هو عزيز على المتعاقد بحيث يتأثر من تهديدهم بالخطر إلى حد أن تفسد إرادته . فليس ضرورياً أن يكون الغير المهدد من أقارب المتعاقد. كما أنه ليس حتما أن يكون تهديد أى قريب مفسداً للرضاء . وإنما ينظر القاضى فى كل حالة إلى ظروفها الخاصة . ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر . لافرق فى ذلك بين قريب وزوج وخطيب وصديق (٣) .

---

(١) وتقرير الحكم بأن العقد لم يكن مشوبا بالإكراه هو من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع ، متى كانت قد أقامت قضاءها على استخلاص سائغ (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢ ص ٣٦) . ومتى كانت المحكمة قد قضت ، لأسباب سائغة فى حدود سلطتها التقديرية ، بوقوع إكراه مؤثر على إرادة البائع أو تدليس مفسد لرضائه ، فإنها لا تكون ملزمة بإجراء تحقيق لا ترى أنها فى حاجة إليه (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٨ ص ١٥٨٢) .

(٢) وكانت النظرية التقليدية للإكراه تشترط أن يكون الخطر حالا ، ثم تعدل الموقف فأصبح الحال ليس هو الخطر ذاته بل الخوف من الخطر (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٠) .

(٣) ويقع على المتعاقد العبء فى إثبات أن الخطر الذى تهدد الغير قد أثر فى نفسه إلى حد إفساد رضائه . وقد يكون الغير الذى يهدده الخطر هو نفس الشخص الذى صدر منه الإكراه ، كان يهدد شخص آخر بأن ينتحر ويكون المهدد بالانتحار عزيزاً عند هذا الأخير (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٦ هامش رقم ٥) .

١٤٣ — استغلال صاحب الحق حقه كوسيلة للإكراه : وقد يستغل صاحب الحق حقه كوسيلة للإكراه . وتفصيل ذلك أن من يستعمل وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، كمن يهدد شخصاً بقتله أو بإحراق منزله إذا لم يمض التزاما ، يكون قد أكرهه على التعاقد ويكون العقد قابلا للإبطال . وكذلك من يستعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، فإنه يكون قد استغل حقه . ويتحقق الإكراه بهذا الاستغلال . فمن فاجأ شخصاً متلبساً بجريمة ، فاضطره إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لا حق له فيه ، يكون قد ابتز هذا السند عن طريق الإكراه ويجوز إبطال التعاقد[1]. أما إذا استكتبه سنداً بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة ، فإن الغرض هنا مشروع والعقد صحيح . وإذا هدد دائن مدينه بأن يعلن إفلاسه . وابتغى الحصول من وراء ذلك على مال أكثر من حقه ، كان هذا إكراها . أما إذا حصل على حقه فإن الغرض يكون مشروعاً ولا يكون هناك إكراه .

ونرى من ذلك أن من استعمل حقه — أي استعمل وسائل مشروعة — للوصول إلى غرض مشروع لا يكون قد صدر منه إكراه مفسد للرضاء . فالدائن الذي يهدد المدين بالتنفيذ على ماله إذا لم يعطه رهناً ، والمجني عليه الذي يهدد الجاني بتقديمه بلاغاً إلى النيابة العامة يتهمه بالتبديد إذا لم يكتب له إقراراً بما أودعه عنده من مال ، لا يكونان قد صدر منهما إكراه مبطل للرهن أو

= ويتحقق الخطر الذي يهدد الغير غالبا في الصورة الآتية : يختطف شخص ولداً لشخص آخر ، ويهدد المختطف بقتل الولد إذا لم يتعهد والده بدفع مبلغ من المال لافتدائه .

(١) ويعد إكراها تهديد الزوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها إذا لم تنزل له عن مال عنده . كذلك إذا هدد رب العمل مستخدمه أن يبلغ عن اختلاسات ارتكبها أو يمضي له تعهداً بألا يعمل في متجر مماثل لمدة معينة ، كان هذا التعهد قابلا للإبطال للإكراه إذ لا علاقة بين ما ارتكبه المستخدم من الاختلاسات وما تعهد به لرب العمل .

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذا المعنى (م ١٧٨ من المشروع) يجري على الوجه الآتي : « لا يعتبر إكراهاً الخوف من المطالبة بحق ، ما لم يستغل الضيق الذي وقع فيه الطرف المهدد فيبتز منه ما يزيد كثيراً على ما في ذمته من حق » . وقد حذف هذا النص اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ في الهامش) .

للإقرار[١] . بل إن من يستعمل وسائل غير مشروعة ولكن ليصل بها إلى غرض مشروع . كما إذا هددت امرأة عاشرت رجلا مدة من الزمن بالتشهير به عند خطيبة له إذا لم يمض التزاماً يعوضها ما يصيبها من الضرر بسبب تركه إياها ، لايكون قد ارتكب إكراهاً مبطلا للتعاقد . مادام الشخص الذى يستعمل التهديد لايحصل على أكثر من حقه ، وما دام لا يرتكب جريمة يعاقب عليها القانون الجنائى . على أنه يجب الاحتياط فى هذه الحالة . فالقصد والاعتدال فى استعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع صعب بقدر ما هو واجب[٢] .

ويخلص من ذلك أن العبرة بالغرض لابالوسائل ، فإن كان الغرض مشروعاً فلا إكراه ولو كانت الوسائل غير مشروعة . وإن كان الغرض غير مشروع تحقق الإكراه ولوكانت الوسائل مشروعة[٣] .

---

(١) وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تهديد الدائن مدينه أن يعلن إفلاسه إذا لم يقر بما عليه من دين لا يكون إكراهاً (١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨) ، وبأنه إذا اضطر الأب إلى ضمان دين على ابنه خوفاً من المقاضاة فلا يبطل هذا الضمان للإكراه (٣ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١) ، وبأن إجبار الدائنين لشركة على أن تعطيهم ضماناً لديونهم فى نظير أن يؤجلوا هذه الديون لا يكون إكراهاً (٢٤ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٧٩) . وقضت محكمة النقض بأنه إذا صدر حكم على مستأجر بإخلاء العين المؤجرة ، وترتب على الشروع فى تنفيذ هذا الحكم أن استأجر المستأجر هذه العين ، فلا يصح القول بأن عقد الإجارة قد شابه من تنفيذ الحكم إكراه مبطل له (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت لجنة الضباط فى الجيش قد استعملت حقها فاقترحت عدم ترقية ضابط فى الاستيداع إلى رتبة اللواء وعدم إعادته إلى الخدمة العاملة تكون قد مارست حقاً مشروعاً ، فإذا هى رأت بعد ذلك أن تقترح مكافأة هذا الضابط بمنحه رتبة اللواء وتسوية معاشه على أساس هذه الرتبة إن هو طلب ذلك ، فاستجاب إلى هذا الاقتراح ، فلايصح القول بأن طلبه صدر تحت تأثير الإكراه ، لأنه يشترط فى الفعل الذى يعد من قبيل الإكراه أن يكون غير مشروع (نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٧ ص ٣٣٧) .

(٢) نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٩ .

(٣) على أننا إذا نظرنا إلى الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الرضاء ، رأينا أنه يفسد الإرادة ، سواء كانت وسائله مشروعة أوغير مشروعة ، وسواء كان الغرض الذى يراد الوصول إليه مشروعاً أوغير مشروع . ولكن إذا كان الغرض الذى يراد الوصول إليه مشروعاً ، فسواء كانت الوسائل مشروعة أوغير مشروعة فإن المتعاقد المكره إذااستعمل حقه فى إبطال العقد يكون قد نقض الغرض المشروع الذى أريد من العقد تحقيقه، ويعتبر هذا منه تعسفاً فى استعمال حق الإبطال ، والتعسف فى استعمال الحق يستوجب التعويض ، وخير تعويض ما كان عينياً ، فيبقى العقد ، لا على أساس من الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض أو من الإرادة =

١٤٤ — الشوكة والنفوذ الأدبي : ومجرد الشوكة والنفوذ الأدبي ، كشوكة الزوج على زوجته ونفوذ الأب على الابن والأستاذ على التلميذ والوصي على القاصر والرئيس على المرؤوس ورجل الدين على المتدين ، لايكفي عادة ليكون وسيلة للإكراه . وذلك ما لم يستغل هذا النفوذ للوصول إلى غرض غير مشروع ، كعقد التزام باهظ يثقل كاهل الملتزم وما كان يرضاه لولا موقفه ممن يتعاقد معه . فإن العقد في هذه الحالة يجوز إبطاله للإكراه[1] .

(ب) رهبة تحمل على التعاقد

١٤٥ — وجوب الأخذ بالمعيار الذاتي : قدمنا أن التقنين المدني الجديد (م ١٢٧/٣) يقضي بأن يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا

= الظاهرة . وقد رأينا أن المادة ١٢٧ مدني تقضي بأن تكون الرهبة التي بعثت في نفس المتعاقد المكره رهبة « دون حق » . ومتى كان الغرض مشروعاً ، لم تكن الرهبة دون حق .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد النفوذ الأدبي وهيبة الأقارب لايكفي لبطلان العقد ، بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ص ٥٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشتري على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الإكراه ، بل بطريق الإقناع والتأثير البريء من أخ على أخته ، لم يكن ثمة محل لمجادلتها في ذلك (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٧ ص ٦١٨) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن المورثة التي تتجرد تجردا يكاد يكون تاما من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لإبعادها عن أقاربها إبعاداً تاما ، وأحاطها بخصومها الألداء ، وجعلها تنزل عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم وتعطى لأحدهم توكيلا عنها ، تدل بهذه التصرفات والإجراءات المتناقضة على أنها كانت ضعيفة الإرادة ، مسلوبة الرضاء ، واقعة تحت تأثير الرئيس الديني . فالوقفية التي تصدرها في هذه الظروف عن أطيان سبق لها الإيصاء بها لبعض أقاربها ، والتي تقيم فيها ذلك الرئيس الديني (المطران) ناظراً وتفوض له التصرف في الريع على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون باطلة (٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٧٧ ص ٨٦١) .

وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص (م ١٧٨/٢) يقضي بأنه « لا يعتبر مجرد النفوذ الأدبي ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع ، سبباً كافياً لإبطال العقد » . وقد حذف هذا النص اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ في الهامش) . ويعرف القانون الإنجليزي مايسمى بالتأثير غير المشروع (**undue influence**) ، وفيه يسيء الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدبي عليه ، كأب وابنه وطبيب ومريض ومحام وموكل ورئيس ديني ورجل متدين ، فيحمله على التعاقد ، ويكون التعاقد قابلا للإبطال (بولوك في العقد ص ٦٤٨ — ص ٦٨٩) .

=

الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه . فهذا نص قاطع فى وجوب الأخذ بمعيار ذاتى محض . وقد أحسن التقنين المدنى الجديد صنعاً بعدم الخلط بين هذا المعيار الذاتى والمعيار الموضوعى . كما خلط التقنين المدنى القديم فيما قدمناه . فإن الإكراه كالغلط وكسائر عيوب الرضاء ظاهرة من الظواهر النفسية لايجوز الأخذ فيها بغير المعيار الذاتى .

فيجب إذن أن تكون الرهبة قد ضغطت على إرادة المتعاقد . فكانت هى التى دفعته إلى التعاقد . وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخطر فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيما محدقاً ، إنما هو المظهر المادى للرهبة . وليس الخطر الجسيم المحدق مقصوداً لذاته ، بل للنتيجة التى يؤدى إليها من وقوع الرهبة فى النفس وأن تكون هذه الرهبة هى التى دفعت إلى التعاقد . وتراعى فى ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المكره .

١٤٦ — تطبيق المعيار الذاتى : فالأنثى غير الذكر . والصبى الصغير غير الشاب القوى . وهذا غير الهرم البالى ، والقروى الساذج غير المدنى المتحضر . والعصبى غير الهادئ المزاج ، والضعيف غير القوى . والمريض غير الصحيح المعافى . والجاهل غير المتعلم . والغبى غير الذكى . وهكذا . ويجب الاعتداد أيضاً بالظروف والملابسات . فالمكان القاصى البعيد عن الناس يجعل الإكراه أبعد أثراً ، والليل يجعل الخوف أشد وقعاً فى النفس ، فظروف المكان والزمان إذن تؤثر فى تقدير جسامة الخطر فى نفس المتعاقد .

ولقاضى الموضوع السلطة التامة فى أن يستخلص من الوقائع تقدير درجة

= وكالنفوذ الأدبى ، وهو سلطة الأب على ولده ، العطف والحنو ، وهو عاطفة من الأب نحو ولده . فإذا وجد الأب نفسه مدفوعاً بحكم العطف الأبوى إلى إيثار أحد أولاده ببيع أو وصية ، لا يكون التصرف مشوبا بالإكراه إلا إذا استغل الابن عطف أبيه .

وهناك أيضاً الاستغلال والاستهواء والتسلط على الإرادة ، والفرق بين ذلك وبين النفوذ الأدبى أن الثانى يفرض فيه أن شخصاً مقامه كبير فى عين المتصرف استعمل نفوذه الأدبى ، أما الأول فلا يشترط فيه أن من تسلط على الإرادة له مقام كبير ، فقد يكون زوجة أو أولاداً للمتصرف ، وفى هذه الحالة تطبق قواعد الاستغلال التى سيأتى بيانها .

الإكراه ، وهل هو مؤثر أوغير مؤثر ، مسترشداً فى ذلك بالمعيار الذاتى للشخص الواقع عليه الإكراه [1] .

(ج) الجهة التى صدر منها الإكراه

١٤٧ — الإكراه الصادر من المتعاقد الآخر والإكراه الصادر من الغير: سواء صدر الإكراه من أحد المتعاقدين أو صدر من الغير ، فهو يفسد الرضاء فى الحالتين ويكون سبباً فى إبطال العقد .

والإكراه الصادر من الغير ، كالتدليس الصادر من الغير ، لايكون سبباً فى إبطال العقد إلا إذا أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه [2] . ذلك أنه إذا لم يكن المتعاقد الآخر يعلم بالإكراه الصادر من الغير ولم يكن يستطيع أن يعلم به ، واختار المتعاقد الآخر إبطال العقد ، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض . وخير تعويض هو استبقاء العقد صحيحاً ، فيقوم فى هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض أو الإرادة الظاهرة . وفى جميع الأحوال يرجع المتعاقد على الغير الذى صدر منه الإكراه بالتعويض وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية .

١٤٨ — الإكراه الصادر عن ظروف تهيأت مصادفة (حالة الضرورة) : وقد يصدر الإكراه ، لامن أحد المتعاقدين ولامن الغير ، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لايد لأحد فيها ، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلالها لحمل من وجد تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد . فإذا تقدم شخص

---

(١) نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠ — أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٤ ص ٥٨٥ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٨ ص ١٥٨٢ — ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٩ ص ١٢٧ .

(٢) وقد نصت المادة ١٢٨ مدنى (وتطابق م ١٢٩ سورى وم ١٢٨ ليبى ، وتوافق م ٢١٠ لبنانى ولا مقابل فى العراق) على أنه « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يتبين أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أوكان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا الإكراه » .

لإنقاذ آخر من خطر داهم وحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مبلغاً باهظاً من المال . وإذا اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية فى نظير أجر باهظ ، تحقق الإكراه إذ أن المتعاقد الذى استغل هذه الظروف كان على علم بها وقصد استغلالها[1] .

§ ٤ – الاستغلال(*)

(L'exploitation)

١٤٩ — الاستغلال والغبن : الغبن هو عدم التعادل بين مايعطيه العاقد وما يأخذه : والغبن مشكلة اجتماعية تقوم على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة . فإذا ساد المدنية مذهب الفردية ومايتبعه من سلطان الإرادة لم يقم للغبن وزن . فإذا ما ضعف مذهب الفردية وسلطان الإرادة تدخل القانون لمنعه . من أجل ذلك لم يكن الرومان ، وكانوا متشبعين بروح الفردية ، يعبأون بالغبن . ولما ساد الدين المسيحى انتكصت روح الفردية وتوسع رجال الكنيسة فى نظرية الغبن . فحرموا الربا فى عقود القرض ، وحددوا للسلع الثمن العدل (juste prix) . وللعمل الأجر العدل (juste salaire) . وعنيت

---

(١) وقد أبطلت محكمة الاستئناف المختلطة الاتفاق الذى يعقد فى حالة الاضطرار الناجمة من وجود سفينة فى خطر (٢٢ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٦) ، واكتفت بإعطاء دعوى الفضولى (١١ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٣٥) .

أما إذا لم يستغل المتعاقد الظروف فلا إكراه ، حتى لو اعتقد المتعاقد المهدد أنه دفع أكثر مما يجب . فإذا اتفق جراح شهير مع مريض على إجراء عملية خطيرة ، وتقاضى أجراً كبيراً ولكنه يتناسب مع خطورة العملية ، فالعقد صحيح حتى لو تمسك المريض فيما بعد بأن إرادته لم تكن حرة وقت التعاقد . وتعليل ذلك أن الطبيب حسن النية ، فلو أبطل العقد للإكراه لوجب له التعويض ، وخير تعويض هو استبقاء العقد صحيحاً كما مر فى صور مختلفة .

(*) مراجع : ريبير فى القاعدة الأدبية فقرة ٦١ ومابعدها – پلانيول وريپير وإسمان ٦ فقرة ٢١٠ وما بعدها – چوسران فى الباعث فى التصرفات القانونية فقرة ٩١ وما بعدها – ديمونتس (Demontès) فى الغبن فى العقود ما بين البالغين سنة ١٩٢٤ – لويس لوكاس (Louis Lucas) فى الغبن والعقد سنة ١٩٢٦ .

رسائل : **Hayem** باريس سنة ١٨٩٩ – **Gerlier** باريس سنة ١٩٠٨ – **Dyol** مونپلييه سنة ١٩١٩ – **Maury** تولوز سنة ١٩٢٠ – **Coulezou** مونپلييه سنة ١٩٢٤ – **Mémin** باريس سنة ١٩٢٤ – **Haon** مونپلييه سنة ١٩٢٧ – **Morize** سنة ١٩٢٩ – **Progat** باريس سنة ١٩٣١ – **Dalem** باريس سنة ١٩٣٩ – **Valmont** باريس سنة ١٩٣٩ .

الشريعة الإسلامية بحالة معينة من حالات الغبن وهى العقود الربوية ، فحرمت الربا وتعقبته فى جميع مظان وجوده . ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة ، فعادت القوانين لاتعتد بالغبن فى أحوال معينة . فألغت الثورة الفرنسية الحد الأقصى للفائدة . وجاءت أحكام التقنين المدنى الفرنسى ضيقة فى الغبن وأظهر حالة فى أحواله هى حالة الغبن فى بيع العقار . وتابع التقنين المصرى السابق التقنين الفرنسى فى ذلك . بل هو لايعتد بالغبن إلا فى بيع عقار القاصر . وقد التزم التقنينان معاً — الفرنسى والمصرى — نظرية مادية فى الغبن .

ثم تطورت هذه النظرية المادية فى الغبن إلى نظرية نفسية فى الاستغلال ، أخذ بها أكثر التقنينات الحديثة . والفرق ما بين النظريتين يتلخص فى أمرين : (أولا) فى النظرية المادية للغبن ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا نظرة شخصية ، فقيمة الشيء يحددها قانون العرض والطلب . أما فى النظرية النفسية للاستغلال فالعبرة بقيمة الشيء فى اعتبار المتعاقد ، فقد يكون الشيء تافهاً فى ذاته كبيراً فى نظر المتعاقد لاعتبارات ترجع لظروف شخصية . ويترتب على ذلك أن الغبن يتحقق متى اختل التعادل بالنسبة إلى القيمة المادية حتى لو كان المتعاقد راضياً كل الرضاء . فالغبن عيب يقع فى العقد لافى الرضاء . أما الاستغلال فلا يتحقق إلا إذا اختل التعادل بالنسبة إلى القيمة الشخصية . فإذا دفع المتعاقد ثمنا أكبر من القيمة الشخصية تحقق الاستغلال . إذ هو لايفعل ذلك إلا إذا كان واهماً أومخدوعاً أو مضطراً وقد استغل هذا العيب فى إرادته . فالاستغلال إذن ليس عيبا مستقلا فى العقد . بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء . (ثانيا) وفى النظرية المادية للغبن درجة الاختلال فى التعادل درجة مادية ، فهى رقم مرصود ، الخمس أو الربع أو النصف أو نحو ذلك . أما النظرية النفسية للاستغلال فتتخذ لتحديد درجة الاختلال فى التعادل معياراً مرنا . فهى لاتحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه ، بل تترك ذلك لظروف كل حالة . ويكفى أن يصل الاختلاف فى التعادل إلى حد باهظ .

ومزية النظرية المادية للغبن التحديد وفى هذا ضمان لاستقرار التعامل ، ولكن عيبها عدم مرونتها فهى من الدقة الحسابية بحيث لاتصلح حلا عادلا لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسى . وقد اعتنقت التقنينات

الحديثة[١] النظرية النفسية للاستغلال لمرونتها ولتلاؤمها مع ظروف كل حالة ، إلا أنها استبقت الغبن فى حالات محدودة نصت عليها[٢] .

ونتكلم فى نظرية الاستغلال : (أولا) فى عناصر الاستغلال . (ثانيا) فى الجزاء الذى يترتب عليه .

(١) عناصر الاستغلال

١٥٠ — **العنصران الموضوعى والنفسى** : للاستغلال عنصران . أحدهما موضوعى وهو اختلال التعادل اختلالا فادحاً . والآخر نفسى وهو استغلال ضعف فى نفس المتعاقد . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدنى على أنه « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ماحصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أومع التزامات المتعاقد الآخر . ويتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد »[٣] .

---

(١) انظر المادة ١٣٨ مدنى ألمانى ، والمادة ٢١ التزامات سويسرى ، والمادة ١٤٤٨ مدنى إيطالى ، والمادة ٤٢ التزامات بولونى ، والمادة ٢١٤ موجبات لبنانى ، والمادة ٨٧٩ مدنى نمساوى ، والمادة ٧٤ مدنى صينى .

وقد ساير التقنين المدنى الجديد هذه الحركة الحديثة ، فأخذ بنظرية الاستغلال فى المادة ١٢٩ كما سنرى .

(٢) وقد نصت المادة ١٣٠ مدنى على أنه « يراعى فى تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن فى بعض العقود أو بمعدل الفائدة » . ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣١ (مطابق) — الليبى م ١٣٠ (مطابق) — العراقى ١٢٤ (مقارب) — اللبنانى م ٢١٤ (مقارب) .

والعقود التى تشير إليها المادة ١٣٠ مدنى مصرى — وهى عقود يؤثر فيها الغبن — أهمها عقد البيع إذا وقع على عقار القاصر (م٤٢٥ مدنى) ، وعقد القسمة (م ٨٤٥ مدنى) ، وعقد الوكالة (م ٧٠٩/٢ مدنى) ، وعقد الشركة (م ٥١٥ مدنى) ، وعقد القرض وغيره من العقود إذا اشترطت فيها الفائدة (م ٢٢٧ مدنى) ، والشرط الجزائى (م ٢٢٤ مدنى) . فالغبن فى هذه العقود قام على أساس النظرية المادية ، واعتد فى الشىء بقيمته المادية ، ووقفت النصوص فى أكثر هذه الحالات عند رقم محدد التزمته عند تقدير الغبن .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٠/١ (مطابق) — الليبى م ١٢٩/١ (مطابق) . العراقى م ١٢٥ (موافق) — اللبنانى م ٢١٣ — ٢١٤ (موافق) .

١٥١ — العنصر الموضوعى : أوردت المادة ١٢٩ مدنى العنصر الموضوعى . كما رأينا . فى العبارة الآتية : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ماحصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أومع التزامات المتعاقد الآخر » . وهذا هو اختلال التعادل اختلافا فادحاً .

ففى عقد البيع إذا اختل التعادل اختلالا فادحا بين قيمة المبيع والثمن . تحقق العنصر الموضوعى للاستغلال . وفى هذه الحالة يكون الاختلال الفادح واقعاً بين التزامات أحد المتعاقدين وهو البائع والتزامات الآخر وهو المشترى . وفى الوعد بالبيع إذا التزم الواعد ببيع شىء كبير القيمة لقاء ثمن زهيد. اختل التعادل فى هذه الحالة بين التزامات المتعاقد وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد . فيتحقق العنصر الموضوعى . والعبرة بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد . فقد تكون القيمة المادية ألفا . فيرغب شخص فى شراء الشىء بألف وخمسمائة لأن قيمته الشخصية بالنسبة إليه تبلغ هذا القدر . أما إذا اشتراه بثلاثة آلاف أو بأربعة آلاف فإن الاختلال بين الثمن والقيمة الشخصية يعتبر فادحاً فى هذه الحالة . فالفداحة فى اختلال التعادل معيارها مادى . ولكن هذا المعيار ليس رقماً ثابتا . بل هو معيار متغير تبعا لظروف كل حالة . فقد تتحقق الفداحة فى حالة بأربعة آلاف كما فى المثل المتقدم . وقد تتحقق بأقل من هذا المبلغ فى حالة ثانية . وقد لاتتحقق إلا بمبلغ أكبر فى حالة ثالثة . وينظر فى ذلك إلى ظروف كل من المشترى والبائع وإلى جميع الملابسات الأخرى . فالمسألة مسألة واقع لا مسألة قانون . وقاضى الموضوع يبت فيها دون معقب عليه من محكمة النقض . وعبء الإثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون . فعليه أن يثبت الفداحة فى اختلال التعادل .

ويقع الاختلال فادحا . لافى عقود المعاوضة المحددة فحسب . بل أيضاً فى عقود المعاوضة الاحتمالية وفى عقود التبرع ذاتها . ففى العقود الاحتمالية الخالية من الاستغلال . يجب أن يقوم نوع من التعادل معقول بين احتمال المكسب وقيمته من جهة واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى . فإذا اختل هذا التعادل اختلالا فادحا . كأن اشترطت شركة التأمين أقساطا سنوية عالية لاتتناسب البتة مع احتمال الخسارة . تحقق العنصر الموضوعى للاستغلال . أما

فى عقود التبرع فلا يقال إن التعادل مختل اختلالا فادحا . بل يقال إنه غير موجود أصلا . فإذا تبرع شخص بأمواله لزوجته الثانية ، ويغلب أن يتم ذلك عن طريق هبة فى صورة بيع . فقد يكون هذا التبرع نتيجة استغلال من زوجته لضعفه وهواه (١) .

١٥٢ — **العنصر النفسى** : أما العنصر النفسى للاستغلال فقد أوردته المادة ١٢٩ مدنى ، كما رأينا ، فى العبارة الآتية : « ويتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً »(٢). فالعنصر النفسى فى الاستغلال ينحصر إذن فى أن أحد المتعاقدين يستغل فى المتعاقد الآخر طيشاً بينا أوهوى جامحاً . وفى القضاء المصرى أمثلة بارزة على ذلك . فكثيراً ما يعمد رجل طاعن فى السن إلى الزواج من امرأة لاتزال فى مقتبل عمرها ، وليس من النادر أن تعمد الزوجة إلى استغلال هوى زوجها فتستكتبه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء . وقد تتزوج امرأة ثرية من زوج شاب عن ميل وهوى فيعمد الزوج إلى ابتزاز أموال الزوجة عن طريق عقود يملها عليها . وقد يلقى الطيش والنزق بشاب ورث مالا كثيراً فى أيدى المرابين والمستغلين فيستكتبونه من العقود ما يجرده الكثير من ماله (٣) .

---

(١) والفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ مدنى ، كما سنرى ، تنص على ما يأتى : « ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن » . وهذا النص يفيد ضمناً أن الاستغلال قد يقع فى عقود التبرع كما يقع فى عقود المعاوضة ، فإذا وقع فى عقود المعاوضة أمكن توقى دعوى الإبطال بتكملة البدل .

(٢) وكان المشروع النهائى للتقنين المدنى الجديد أوسع من ذلك ، إذ كان ينص على ما يأتى : « وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أوعدم خبرته أوضعف إدراكه ، أوتبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف» . فآثرت لجنة مجلس الشيوخ ألا تتوسع فى الاستغلال ، وأن تقتصر فيما يصح أن يستغل على الطيش والهوى ، مع اشتراط أن يكون الطيش بينا والهوى جامحاً ، خشية من التحكم ورغبة فى استقرار التعامل . وقد ترتب على هذا التضييق فى دائرة الاستغلال أن أصبحت حالة الخوف من المطالبة بحق وحالة النفوذ الأدبى وحالة الضرورة من حالات الإكراه ، وكان من الممكن أن تكون من حالات الاستغلال لو بقى الاستغلال واسع الدائرة كما كان فى المشروع النهائى .

(٣) وقد عرضت فعلا هذه الأقضية وأمثالها على المحاكم المصرية فى عهد التقنين المدنى القديم ، فكانت تعالجها علاجا ناقصاً عن طريق تطبيق القواعد العامة فى الإكراه ، أو عن طريق تطبيق قواعد العدالة ، أوعن طريق نظرية القضاء الفرنسى فى الاستهواء والتسلط على الإرادة (séduction, captation) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد بنى قضاءه ببطلان عقد البيع =

ويجب أن يقع الاستغلال من أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر وأن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع إلى التعاقد . ويترتب على ذلك أن إرادة المتعاقد المستغل تكون إرادة غير مشروعة[1] وأن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة . ووقوع الاستغلال دافعاً إلى التعاقد مسألة واقع لامسألة قانون ، وعلى المتعاقد المغبون يقع عبء الإثبات .

١٥٣ — علاقة الاستغلال بعيوب الرضاء : قدمنا أن العنصر النفسى يقتضى أمرين : أن إرادة المتعاقد المستغل تكون إرادة غير مشروعة . وإن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة .

فإذا نحن اعتبرنا الأمر الأول كان العقد غير مشروع . وإذا اعتبرنا الأمر الثانى كان الرضاء معيباً . وبالاعتبار الأول أخذ التقنين المدنى الألمانى (م١٣٨) إذ جعل العقد باطلا لمنافاته للآداب . وبالاعتبار الثانى أخذت التقنينات المدنية الأخرى ومنها التقنين المصرى إذ جعلت العقد قابلا للإبطال أو للإنقاص لعيب

= على فساد رضاء البائع لكونه متقدماً فى السن ومصابا بأمراض مستعصية من شأنها أن تضعف إرادته فيصير سهل الانقياد خصوصاً لأولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم ، فإنه لا سبيل إلى الجدل فى ذلك لدى محكمة النقض لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ ص ٢٩٦) . وقضت فى حكم ثان بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وظروفها أن السند المطالب بقيمته صدر من المورث بمحض إرادته واختياره ولم يؤخذ منه بالاستهواء أو بالتسلط على الإرادة ، وكان هذا الاستخلاص سائغاً ، فلا تدخل لمحكمة النقض لأن ذلك من سلطة قاضى الموضوع (نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ١٥٢) . وفى قضية ثالثة كانت الزوجة تريد أن يطلقها زوجها حتى تتزوج من آخر ، فاستغل الزوج هذه الظروف وحصل من زوجته على مال وسندات ثم طلقها ، ولما طعنت الزوجة فى هذا التصرف قضت محكمة استئناف مصر بأن ما أعطته الزوجة لزوجها يعتبر بدل خلع ، ولكن الزوجة كانت فى حالة اضطرار تستوجب تخفيض هذه الالتزامات إلى الحد المناسب (استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ ص ٧٢٣) . وقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم على أساس أن بدل الخلع فى الشريعة الإسلامية يجب أن يكون مقترناً بصيغة الطلاق (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٦ ص ١٧٨) . وأعيدت القضية إلى محكمة الاستئناف ، ولكن الخصوم لم يسيروا فيها ، واتفقوا على تسوية النزاع فيما بينهم .

(١) وإذا صح أن المستغل لا بد له فيما أصاب المتعاقد المغبون من طيش أو هوى ، فإنه مع ذلك قد استغل فيه ما أصابه من ذلك . وهذا ما يجعل الاستغلال قريباً من الإكراه إذا تهيأت ظروفه مصادفة على ما مر بنا .

فى إرادة المتعاقد المغبون . ذلك أن المتعاقد المغبون إذا استغل فيه طيشه البين كان مضللا . وكان العيب الذى يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى التدليس أو الغلط . وإذا استغل فيه هواه الجامح ، كان الذى يداخل إرادته أقرب مايكون إلى الإكراه . ولكن الغلط والتدليس والإكراه فى حالات الاستغلال عيوب لاتتميز تميزاً كافيا حتى يمكن قيام الدليل عليها ، بل هى عيوب مفترضة . ويكفى فى افتراضها أن يقام الدليل على الاستغلال بعنصريه المادى والنفسى . لذلك لم يقتصر الجزاء فيها على قابلية العقد للإبطال ، بل وضع بدلا من هذا الجزاء فى بعض الأحوال جزاء آخر هو قابلية العقد للإنقاص . وجعلت المدة التى ترفع فيها دعوى الإبطال أو الإنقاص سنة واحدة من تاريخ العقد . فخالفت دعوى الإبطال التى تترتب على الاستغلال ، بهذا وذاك ، دعاوى الإبطال الأخرى التى تترتب على الغلط والتدليس والإكراه . وهذا ما نتولى الآن بيانه .

(ب) الجزاء الذى يترتب على الاستغلال

١٥٤ — دعويان : رأينا أن آخر الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدنى تجيز « للقاضى ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » . ثم تقول الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ذاتها : « ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة . ٣ — ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن »(١) .

فالقانون يرتب على الاستغلال إحدى دعويين : دعوى إبطال ودعوى إنقاص : وكلتا الدعويين يجب أن ترفع فى خلال سنة من وقت العقد ، والسنة ميعاد إسقاط لا مدة تقادم . فلا تنقطع ولا تقف بخلاف مدة التقادم فيرد عليها الانقطاع والوقف . والحكمة فى ذلك هى الرغبة فى حسم النزاع ، فلا يبقى مصير العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع . وفى هذا استقرار للتعامل . أما دعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه ، فسنرى

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٠/٢ و٣ (مطابق) — الليبى م ١٢٩/٢ و٣ (مطابق) — العراقى م ١٢٥ (موافق) — اللبنانى م ٢١٤ (مقارب) .

أنها لاتسقط إلا بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال . وهى مدة تقادم لاميعاد إسقاط . ذلك أن كلا من الغلط والتدليس والإكراه يستطاع التثبت من وجوده عند رفع الدعوى بالإبطال بأيسر مما يستطاع التثبت من وجود الاستغلال ، فلا ضير من أن تطول المدة وأن تكون مدة تقادم لا مدة إسقاط .

١٥٥ — دعوى الإبطال : فإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال ، فإن رأى القاضي أن هذا المتعاقد لم يكن ليبرم العقد أصلا لولا هذا الاستغلال أجابه إلى طلبه فأبطل العقد . وإن رأى أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد وأن المتعاقد المغبون دون استغلال كان يبرم العقد بشروط أقل إرهاقاً رفض إبطال العقد ، معاوضة كان أو تبرعا ، واقتصر على إنقاص الالتزامات الباهظة كما يفعل فى دعوى الإنقاص فيما سيأتى . وتتميز دعوى الإبطال هذه عن سائر دعاوى الإبطال فى أمرين : (١) مدتها سنة واحدة وهى مدة إسقاط ، وقد سبق بيان ذلك . (٢) يجوز للطرف المستغل أن يتوقاها فى عقود المعاوضات — دون التبرعات — إذا هو عرض على الطرف المغبون مايراه القاضى كافيا لرفع الغبن . فإذا كان العقد بيعاً وطلب البائع إبطاله للاستغلال ، جاز للمشترى أن يعرض زيادة فى الثمن تكفى لرفع الغبن عن البائع ، ومقدار هذه الزيادة يرجع فيها إلى تقدير قاضى الموضوع . ولايشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء ، بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحمله البائع لايصل إلى حد الغبن الفاحش .

١٥٦ — دعوى الإنقاص : وإذا رفع المتعاقد المغبون من بادئ الأمر دعوى الإنقاص ، أو رفع دعوى الإبطال ولكن القاضى رأى الاقتصار على إنقاص التزاماته ، قضى بإنقاص هذه الالتزامات إلى الحد الذى لايجعلها باهظة (١) ، وهذا أيضاً موكول لتقدير قاضى الموضوع وفقاً لظروف كل

---

(١) وإذا صح للقاضى أن يحكم بالإنقاص ولو طلب المتعاقد المغبون الإبطال ، فإنه لا يصح له أن يحكم بالإبطال إذا طلب المتعاقد المغبون الإنقاص ، وإلا اعتبر أنه قد قضى للخصم بأكثر مما طلب . ويبقى القاضى متقيدا بطلب الإنقاص إذا تقدم به المتعاقد المغبون ، حتى لو كان الطرف المستغل آثر على إنقاص العقد إبطاله ، ذلك أنه لا يستطيع أن يطلب إبطال عقد استغل هو فيه الطرف المغبون .

قضية . كما هو الشأن فى الزيادة التى يعرضها الطرف المستغل لرفع الغبن . فإذا كان العقد بيعاً ، جاز للقاضى أن ينقص من المبيع القدر الذى يراه كافيا لرفع الغبن الفاحش عن البائع ، ولو بقى بعد ذلك غبن يسير . ولا يتحول القاضى عن إنقاص التزامات البائع إلى الزيادة فى التزامات المشترى ، فإن القانون لايجيز ذلك ، ولأنه إذا كان إنقاص مقدار المبيع لايؤذى البائع بل يرفع عنه الغبن فإن الزيادة فى الثمن قد تؤذى المشترى إلى حد أن يؤثر العدول عن الصفقة . وإنما تجوز الزيادة فى الثمن إذا رغب المشترى نفسه فى ذلك . ويجوز الإنقاص فى عقود التبرع كما يجوز الإبطال . وينقص القاضى التبرع إلى الحد الذى ينتفى معه أثر الاستغلال .

الفرع الثانى

المحل (*)

١٥٧ — تعريف محل الالتزام والشروط الواجب توافرها فيه : محل الالتزام هو الشىء الذى يلتزم المدين القيام به . والمدين يلتزم كما قدمنا إما بنقل حق عينى أو بعمل أو بالامتناع عن عمل . وإذا كان الالتزام محله نقل حق عينى هو حق الملكية ، امتزج حق الملكية بالشىء المملوك ، فصار الالتزام بنقل الملكية محله هو الشىء ذاته الذى تنتقل ملكيته .

ويشترط فى محل الالتزام أن يكون : (١) موجوداً إذا كان شيئاً (أى محلا للالتزام بنقل حق عينى) ، أو ممكناً إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل . (٢) معيناً أو قابلا للتعيين . (٣) قابلا للتعامل فيه .

المبحث الأول

المحل موجود أو ممكن

§ ١ — المحل موجود

١٥٨ — معنى الوجود : إذا كان الالتزام محله نقل حق عينى ، فالشىء

(*) مراجع : بلانيول وريبير وإسمان ٦ فقرة ٢١٨ ومابعدها — ديموج فى الالتزامات ٢ فقرة ٧٤٣ وما بعدها .

الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً وقت نشوء الالتزام . أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلا . لا على شيء ممكن الوجود . فإن لم يكن الشيء موجوداً في هذه الحالة – حتى لو أمكن وجوده في المستقبل – فإن الإلتزام لا يقوم . وكذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام [١] . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام . فإن العقد يتم بوجود الشيء وقت انعقاده . ثم يكون قابلا للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به .

فإن لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلا وقت نشوء الالتزام . جاز أن يقع الالتزام كما قدمنا على شيء ممكن الوجود ، أي على شيء يوجد في المستقبل .

١٥٩ – المحل المستقبل : فيجوز إذن أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا . كما في بيع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت بسعر الوحدة أو بثمن مقدر جزافا [٢] . ويصح أن يبيع شخص من آخر منزلا لم يبدأ بناؤه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء . فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود . كبيع نتاج ماشية قبل وجودها إذ النتاج قد يوجد وقد لا يوجد [٣] .

---

(١) أما إذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً قبل نشوء الالتزام . فإن كان الهلاك بحيث يجعل الشيء لا يحقق الغرض الذي قصد إليه الدائن . كان الهلاك الجزئي حكمه حكم الهلاك الكلي ، وإلا جاز للدائن في عقد ملزم للجانبين أن ينقص من التزامه بما يقابل الهلاك الجزئي (سليمان مرقس في نظرية العقد فقرة ١٣٩) .

(٢) والمعروف من أحكام الفقه الإسلامي أن بيع المعدوم باطل . فلا يجوز التعاقد على الشيء المستقبل . وقد تأثر التقنين المدني المختلط السابق بهذه الأحكام ، فنصت المادة ٣٣٠ من هذا التقنين على أن « بيع أثمار الشجر قبل انعقادها ، والزرع قبل نباته ، باطل » .

ومن أجل ذلك حرص التقنين الجديد على إباحة التعامل في الأشياء المستقبلة بنص صريح ، فقضت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدني بأنه « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا » .
انظر : السوري م ١٣٢/١ (مطابق) – الليبي م ١٣١/١ (مطابق) – العراقي م ١٢٩/١ (موافق) – اللبناني م ١٨٨ (موافق) . وانظر نقض مدني ٣٠ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٤٦ ص ٩٦٣ .

(٣) والبيع هنا يكون معلقاً على شرط واقف يتحقق إذا وجد النتاج . وقد يكون البيع احتماليا ، فيصح وجد النتاج أو لم يوجد ، ويراعى ذلك طبعاً في تقدير الثمن .

ومن الأمثلة العملية للتعامل فى الأشياء المستقبلة أن يبيع صاحب مصنع مقداراً معيناً من مصنوعاته قبل أن يبدأ فى صنعها . وأن يبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، وأن ينزل مقاول عن الأجر فى مقاولة لم ترس عليه بعد .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة التعامل فى الشىء المستقبل ، كما فعل عندما حرم التعامل فى التركة المستقبلة ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

١٦٠ — **التركة المستقبلة** : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدنى على ما يأتى : « غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون »[١] . فالتعامل فى تركة مستقبلة باطل . فلا يصح حتى لو أجازه المورث . ونحدد ماهو المقصود بالتركة المستقبلة . ومن يكون طرفاً فى التعامل فيها . وضروب التعامل التى ترد عليها .

فالتركة هى مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو تركته المستقبلة . والتعامل المحرم هو الذى يقع على تركة مستقبلة فى مجموعها . أو فى جزء من هذا المجموع . أو فى مال معين بالذات ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة[٢] . فمن باع

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢/١٣٢ (مطابق) — الليبى م ٢/١٣١ (مطابق) — العراقى م ٢/١٢٩ (مطابق) — اللبنانى م ٢/١٨٨ (موافق) .

وترجع هذه القاعدة إلى القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون يعد التعامل فى التركات المستقبلة مخالفاً للآداب لأن من يتعامل فى تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته . ويعده كذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خليق أن يغرى صاحب المصلحة بالتعجيل بموت المورث . فالرومان كانوا ينظرون إذن إلى مصلحة المورث . ولذلك كانوا يبيحون التعامل إذا اشترك المورث فى العقد. أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً . فإن الوارث الذى يتعامل فى تركة مستقبلة جدير بأن ينزل عنها بأبخس الأثمان . لذلك كان التعامل محرماً حتى لو رضى المورث . خلافاً للقانون الرومانى .

(٢) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة فإنه يصح . وعلى ذلك لا يعتبر باطلا أن يبيع شخص كل ماله الحاضر . ولكن إذا تصرف فى كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته ، عد هذا تعاملا فى تركة مستقبلة . وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه فى تركة مورثه — وهذا هو بيع باطل لأنه تعامل فى تركة مستقبلة — وبين أن يبيع هذا المال على أنه ملكه فى الحال . وهذا بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال . فإذا =

نصيبه فى ميراث مستقبل ، أو جزءا من هذا النصيب ، أو منزلا معيناً بالذات على اعتبار أنه سيدخل فى نصيبه فى ميراث مستقبل . كان بيعه باطلا . ويستوى أن تأتى التركة عن طريق الميراث أو عن طريق الوصية ، فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل فى نصيبه فى تركة مستقبلة كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيما أوصى له به قبل موت الموصى .

أما الطرف الذى يقع منه التعامل ، فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبى نصيبه فى تركة مستقبلة . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع فى نصيب كل منهما من الميراث ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبى . كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من التركة أكبر أو أصغر من نصيبه الشرعى ، أو يتفق المورث مع أجنبى على إعطائه جزءاً من التركة يأخذه بعد موته ، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهى تختلف عن هذا النوع من التعامل فى أنها يجوز الرجوع فيها حتى

= باع شخص عقاراً مملوكا لمورثه واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف فى حق من حقوقه المحتملة فى تركة مستقبلة ، فيكون تصرفه باطلا (مصر الكلية ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٤٤) .

ويعد تعاملا فى تركة مستقبلة أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن فى أية وصية تصدر من المورث لأحدهم أو لأجنبى ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأى منهم باطلة . ويعد كذلك تعاملا فى تركة مستقبلة إلزام أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد .

ولا يعد تعاملا فى تركة مستقبلة أن يؤجل المدين وفاء الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أمله فى سداد الدين من التركة التى سيرثها ، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو ، فليس فى هذا تعامل فى مال يدخل ضمن تركة مستقبلة بل هو تحديد لأجل دين لا تربطه بالتركة علاقة مباشرة . ولا يكون التعاقد باطلا حتى لو كان الباعث عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن لمستحق فى وقف قد حصل على أن يكون المستحق التالى فى الوقف كفيلا لمدينه توقعاً لموت هذا المدين لأن التعامل هنا لا يقع على تركة مستقبلة . كذلك لا يعتبر باطلا تعهد أخ لأخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على ألا تطالبه بشىء من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل فى تركة مستقبلة وقد اقترنت الهبة بشرط لصالح الأخت (الإسكندرية الوطنية ١٨ يونيه سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٠ ص ٩٩) .

موت الموصى وفى أنها لا تجوز إلا فى حدود معينة(١) .

وكل ضرب من ضروب التعامل فى التركة المستقبلة محرم ، فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه حصة فى شركة ، أو يصالح عليه . بل هو لا يستطيع أن يؤجره ، أو أن يجرى عليه أى نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازه القانون بنص صريح ، وذلك كالوصية (م ٩١٥ مدنى) وقسمة المورث (م ٩٠٨ – ٩١٣ مدنى) .

§ ٢ – المحل ممكن

١٦١ – **الإمكان يقابل الوجود** : قدمنا أن الالتزام إذا كان محله نقل حق عينى ، وجب أن يكون الشيء الذى تعلق به هذا الحق موجوداً . أما إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل فيجب أن يكون المحل ممكنا . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك . فإذا كان محل الالتزام مستحيلا . فلا التزام بمستحيل (à l'impossible nul n'est tenu) ، وكان العقد باطلا . وهذا ما نصت عليه المادة ١٣٢ مدنى إذ تقول : « إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته ، كان العقد باطلا » (٢) .

١٦٢ – **الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية** : والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهى أن يكون الالتزام مستحيلا فى ذاته(٣) . لا أن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هى ماله فى حالة وفاته قبلها ، فهذا اتفاق باطل ، ويشبه أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن فى غير موطنه المشروع هو فيه ما دام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقبى المحرمة شرعاً (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ ص ٤٤٩) . وقضت أيضاً بأنه لا يوجد ما يمنع المورث من أن يبيع لوارثه فى الحال مالا مملوكاً له أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملا فى تركة مستقبلة ، بل هو تصرف فى مال حاضر (نقض مدنى ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٢ ص ١١٣٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية : السورى م ١٣٣ (مطابق) – الليبى م ١٣٢ (مطابق) – العراقى م ١٢٧ (موافق) – اللبنانى م ١٩١ (موافق) .

(٣) ومعنى أن يكون الالتزام مستحيلا فى ذاته أن يكون مستحيلا على الرجل المعتاد فى الظروف الخارجية التى يوجد فيها المدين ، فتقدر الاستحالة تقديراً موضوعياً بمعيار الرجل =

يكون مستحيلا بالنسبة إلى الملتزم فحسب . فقد يلتزم شخص بعمل فى لايقدر عليه . ولكن هذا العمل يقدر عليه رجل الفن . فى هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح . واستحالة القيام به استحالة نسبية يكون المدين مسئولا عنها . ويجوز فسخ العقد مع التعويض . ولافرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أوكانت لاحقة له ، فى كلتا الحالتين يوجد الالتزام . ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العينى ويكون مسئولا عن التعويض .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد به . ولاتمنع من وجوده إذا كانت لاحقة ، لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة . وإنما ينقضى بنشوئها فتبرأ ذمة المدين . ولكن يبقى مسئولا عن التعويض إذا كان هناك تقصير فى جانبه . وينفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد . كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك . أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

١٦٣ — الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية : والاستحالة فى الأمثلة المتقدمة استحالة طبيعية ترجع إلى طبيعة الالتزام . وقد تكون الاستحالة قانونية ترجع إلى سبب فى القانون . كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانونى ، أو بالطعن بالنقض فى حكم لا يجوز الطعن فيه بالنقض .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنهى الالتزام إذا جدت بعد ذلك . فتعهد المحامى برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد لايوجد التزاما فى جانبه ،

= المعتاد ، لا تقديراً ذاتياً بمعيار شخص المدين (سليمان مرقس فى نظرية العقد فقرة ١٣٦ ص ١٧٦) . ومن ثم فبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية لا مطلقة ، ليس فحسب لأن المالك الحقيقى يستطيع أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنقل الملكية ، بل أيضاً لأن البائع نفسه يستطيع ذلك إذا أصبح مالكاً أو استطاع الحصول على إجازة المالك الحقيقى (عكس ذلك سليمان مرقس فى نظرية العقد فقرة ١٣٦ ص ١٧٧ — ص ١٧٨) .

أما إذا صدر قبل انتهاء الميعاد ولكن المحامى ترك الميعاد ينقضى دون أن يرفع الاستئناف فأصبح رفعه مستحيلا ، فإن الالتزام يوجد أولا ، ثم يصبح تنفيذه العينى مستحيلا ، فيكون المحامى مسئولا عن التعريض .

المبحث الثانى

المحل معين أو قابل للتعيين

§ – كيفية تعيين المحل

١٦٤ – تعيين محل الالتزام إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل : إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل ، وجب أن يكون العمل الواجب القيام به أو الامتناع عنه معيناً أو قابلا للتعيين . فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء ، وجب أن يتعين هذا البناء بأن تعين الطبقات التى يتكون منها ، وغرف كل طبقة ، ومساحة كل غرفة ، وغير ذلك من البيانات التى تعين البناء تعيينا كافياً . وقد لايعين البناء ولكنه يكون قابلا للتعيين ، فإذا التزم المقاول بأن يبنى مستشفى أومدرسة أومنزلا للسكنى ، فقد يستطاع من ظروف التعاقد أن تستخلص العناصر اللازمة لتعيين البناء المطلوب[1]. أما إذا اقتصر المقاول على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يعين أى نوع من البناء هو ، كان محل الالتزام غير معين وغير قابل للتعيين ، فيكون فى حكم المعدوم ، ولايقوم الالتزام .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص أنه لم يكن من حق وزارة المعارف بمقتضى قائمة المناقصة تكليف المورد توريد الأغذية للمدارس الإضافية ، وأنها إذ طلبت إليه القيام بهذا العمل وإذ قبل هو القيام به على أساس سعر حدده ، فإنه قد انعقد بينهما عقد غير مسمى التزم بمقتضاه المورد بتوريد الأغذية المتفق عليها والتزمت وزارة المعارف بأن تدفع عن ذلك مقابلا ، ولا يؤثر فى انعقاد هذا العقد ولافى صحته عدم حصول التراضى على مقدار هذا المقابل ، ذلك بأنه لا يشترط أن يكون محل الالتزام متعيناً ، بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين . ومادام محل التزام وزارة المعارف قابلا للتعيين ، وقد عينه فعلا الحكم المطعون فيه . فإن التكييف الصحيح للمبلغ المحكوم به للمورد هو أنه ثمن الأغذية الذى تعهدت الوزارة بالوفاء به (نقض مدنى ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥ ص ٢٦) .

١٦٥ — تعيين محل الالتزام فى الشىء موضوع الحق العينى : وإذا كان محل الالتزام نقل حق عينى ، فإن الشىء موضوع الحق العينى يجب أن يكون معيناً أو قابلا للتعيين .

فإذا وقع العقد على شىء معين بالذات ، وجب أن يوصف الشىء وصفاً مانعاً من الجهالة . فإن كان منزلا ، وجب أن يبين موقعه ، وأن تذكر أوصافه الأساسية التى تميزه عن غيره . وإن كان أرضاً ، وجب تحديد موقعها ، وبيان مساحتها ، وتعيين حدودها . وإن كان سيارة ، وجب بيان أية سيارة ، وذكر أوصافها المميزة ، «كما ركتها» ، وسنة صنعها ، وقوة محركها ، وسعتها ، ونحو ذلك .

وإذا وقع العقد على شىء غير معين بالذات ، وجب أن يكون الشىء معيناً بجنسه ونوعه ومقداره ، كبيع قطن من نوع الكرنك مقداره مائة قنطار . وإذا لم يعين المقدار ، وجب أن يكون قابلا للتعيين ، كتوريد أغذية لمستشفى معين أو لمدرسة معينة إذ المقدار اللازم هنا هو ما يحتاجه المستشفى أو المدرسة[1] . وإذا لم تذكر درجة الجودة ، ولا يمكن استخلاصها من العرف أو ظروف التعاقد ، وجب أن يكون الصنف متوسطاً ، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن المدين ، ولا رديئاً حتى لا يغبن الدائن[2] .

---

(١) انظر نقض مدنى ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥ ص ٢٦ — وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٢) وقد نصت المادة ١٣٣ مدنى على أنه « ١ — إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلا . ٢ — ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٤ (مطابق) — الليبى م ١٣٣ (مطابق) — العراقى م ١٢٨ (موافق) — اللبنانى م ١٨٩ — ١٩٠ (موافق) .

وقد يترك تعيين المحل لأجنبى ، كما إذا باع شخص عيناً بثمن ترك تقديره لحكم . فإذا قدر الحكم الثمن ، كان تقديره ملزماً للمتعاقدين ، وقام التزام المشترى على محل معين . أما إذا لم يقدره ، فلا يجوز للقاضى أن يقوم مقامه فى التقدير ، لأن عمل العقود لا يدخل فى مهمة القاضى ، فيبقى الثمن غير معين ، ويكون البيع باطلا . ولا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين المحضة إذ يصبح المتعاقد الآخر تحت رحمته ، إلا إذا كانت عناصر التعيين معروفة بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم .

§ ٢ - تعيين محل الالتزام إذا كان نقودا

١٦٦ — تعيين النقود — العملة الورقية ذات السعر القانوني : إذا كان محل الالتزام نقوداً . وجب أن تكون معينة بنوعها ومقدارها . كألف جنيه أو قرش أو مليم . وتنص المادة ١٣٤ مدنى على أنه « إذا كان محل الالتزام نقوداً . التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر »(١) . فيلتزم المدين إذن بأداء المقدار المتفق عليه من النقود، سواء ارتفعت قيمة النقود فيكسب الدائن ، أو انخفضت فيكسب المدين .

وليس من اللازم أن يؤدى المدين دينه بنقد معدنى . فالعملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانونى (cours légal) تقوم مقام النقود المعدنية . ويجب على الدائن قبولها ولو اتفق مع المدين على غير ذلك .

١٦٧ — العملة الورقية ذات السعر الإلزامى (شرط الذهب) : ولا يضير الدائن أن يقبض حقه ورقاً ذا سعر قانونى ، إذ يستطيع أن يستبدل بالورق ذهباً فى أى وقت يشاء مادام الورق ليس له سعر إلزامى . فإذا ما كان له سعر إلزامى (cours forcé) ظهرت خطورة المسألة . لأن العملة الورقية ذات السعر الإلزامى تنقص قيمتها كلما زاد التضخم ، فإذا استوفى الدائن حقه ورقاً لم يستطع أن يستبدل به ذهباً لقيام السعر الإلزامى ، وقد تكون قيمة الورق نزلت نزولا فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة . لهذا جرت العادة أن يشترط الدائن استيفاء حقه ذهباً . وهذا مايسمى بشرط الذهب(clause d'or) ، فيكون الدين واجب الأداء بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب .وقد مر القضاء المصرى . فى شأن صحة هذا الشرط . بمرحلتين :

(**المرحلة الأولى**) فى عهد المرسوم (القانون) الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ . وقد قضى بأن يكون للعملة الورقية التى يصدرها البنك الأهلى قيمة الذهب ولا يجبر البنك على إبدال الذهب بالورق . وهذا هو السعر

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٥ (مطابق) – الليبى م ١٣٤ (مطابق) – العراق لا مقابل – اللبنانى لا مقابل .

الإلزامى. فالوفاء بالعملة الورقية يكون مبرئاً للذمة ولو اتفق على غير ذلك ، ومن ثم يكون شرط الذهب باطلا . وقد عمم المرسوم هذا الحكم كما نرى ، فلم يميز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية . ومع ذلك فقد قضت بعض أحكام المحاكم المختلطة بوجوب هذا التمييز ، جرياً على أحكام القضاء الفرنسى ، فيبطل شرط الذهب فى المعاملات الداخلية ويصح فى المعاملات الخارجية[١] .

(المرحلة الثانية) وقد صدر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ليحسم الخلاف فى القضاء ، فقضى صراحة ببطلان شرط الذهب فى المعاملات ذات الصبغة الدولية أى المعاملات الخارجية ، إذ تضمن النص الآتى : « تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء بها ذا صبغة دولية والتى تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبى آخر كان متداولا فى مصر (الفرنك والجنيه التركى) ، ولا يترتب عليها أى أثر » . ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب فى جميع المعاملات ، داخلية كانت أو خارجية[٢] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٠ – ١٣ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٣١ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها بأنه إذا كان شرط الذهب باطلا ، فإن شرط الدفع بعملة أجنبية صحيح ويجب الدفع بهذه العملة الأجنبية (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٢ – ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣) .

على أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت بعد ذلك بأنه حيث يكون شرط الذهب ممنوعاً ، فإنه يكون باطلا سواء كان صريحاً أو ضمنياً . فيكون إذن باطلا كل شرط – أيا كانت صورته – أملاه اعتبار يرجع لعدم الثقة بالعملة الوطنية ، وبخاصة الشروط التى يخير بمقتضاها المتعاقد بين أنواع العملة وشروط الدفع بعملة أجنبية . وإن المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ نبذ على وجه قاطع التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية . وإذا كان شرط الذهب المتفق عليه فى عقد قرض باطلا ، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسئولية التقصيرية وبدعوى الغش بمبلغ يساوى ما خسره من جراء نزول الجنيه المصرى ، فإن ذلك يكون تحايلا منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٣) .

وقضت محكمة النقض بما يفيد صحة الاتفاق على وفاء الدين بالجنيه المصرى طبقاً لسعر الليرة الرسمى فى بورصة روما فى ميعاد الاستحقاق (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤) – وقضت بأنه إذا اتفق فى عقد البيع على الوفاء بالثمن بما يعادل =

المبحث الثالث

المحل قابل للتعامل فيه

(النظام العام والآداب)(*)

١٦٨ — متى يعتبر الشيء غير قابل للتعامل فيه : يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه ، فلا يصلح محلا للالتزام ، نظراً لطبيعته ، أو نظراً للغرض الذي خصص له ، أو نظراً لعدم مشروعية التعامل فيه .

فالشيء قد لا يكون قابلا للتعامل فيه نظراً لطبيعته ، وذلك إذا استعصت طبيعته على هذا التعامل ، كالشمس والهواء والبحر . وقد يصبح التعامل في

= الأيرة المماثلة الذهبية من الجنيهات المصرية ، وانتهى الحكم المطعون فيه إلى أن هذا الاتفاق لا ينطوى على شرط الدفع بالذهب ، وأصبح قضاؤه في ذلك حائزاً لقوة الأمر المقضى ، فإنه لا يجوز المجادلة فيه بعد ذلك بحجة تعلق بطلان هذا الشرط بالنظام العام ، لأن قوة الشيء المقضى إذا تعارضت مع قاعدة من قواعد النظام العام كانت هي الأولى بالرعاية والاعتبار (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥ ص ٦٢) .

ثم انتهت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدنى الجديد ، بأن قضت بأن رغبة المشرع قد بدت جلية في الإبقاء على هذا التشريع الخاص (المرسوم الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ والمرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥) بما تضمنه من أحكام خاصة ببطلان شرط الذهب ، فلم يضمن التقنين المدنى الجديد نصوصاً في هذا المعنى ، بل إن لجنة المراجعة قد حذفت من المشروع التمهيدى نص المادة ١٨٧ التي كانت تتناول بالتنظيم ما تضمنه هذا التشريع الخاص — وذلك اعتباراً بأن ذلك النص يقرر حكماً في مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص هو ذلك المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذى يحكم المعاملات الداخلية والخارجية ويقضى ببطلان شرط الذهب في كليهما ، وسواء في ذلك كان المشروط هو وجوب الوفاء بالذهب أو كان المشروط هو وجوب الوفاء بما يعادل قيمة الذهب . ذلك أن اشتراط الوفاء في هذه الحالة الأخيرة بعملة ورقية على أساس قيمتها ذهباً ليس إلا تحايلا على القانون الذى فرض للعملة الورقية سعراً إلزامياً ، ولا جدوى من إبطال شرط الدفع بالذهب إذا لم يتناول البطلان هذه الصورة (نقض مدنى ١١ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٠ ص ١٢٦) .

(*) مراجع : بارتان (Bartin) في الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب — ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات — ساڤاتييه في آثار الواجب الأدبي وجزائه رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ — مارميون (Marmion) في قوانين النظام العام رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ — القيود التعاقدية الوارد على حرية العمل رسالة للمؤلف من ليون سنة ١٩٢٥ — تشاڤداروف (Chavdarof) في الآداب رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ .

هذه الأشياء ممكنا من بعض النواحي ، كأشعة الشمس للمصور الفوتوغرافي ، والهواء للكيمائي . والبحر يؤخذ من مائه ما يمكن امتلاكه . فتصبح حينئذ أن تكون محلا للالتزام .

والشيء قد لايكون قابلا للتعامل فيه نظراً للغرض الذي خصص له ، وذلك كالملك العام لايصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة . وكالمال الموقوف لايجوز التصرف فيه مادام وقفاً[1] .

والشيء قد لايكون قابلا للتعامل فيه نظراً لعدم مشروعيته . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أوإلى مخالفة التعامل للنظام العام أو للآداب . على أن نص القانون الذي يمنع من التعامل في الشيء يكون دائماً مبنياً على اعتبارات ترجع هي ذاتها إلى النظام العام أوإلى الآداب . كالنصوص المتعلقة بتحريم التعامل في التركة المستقبلة وبالربا الفاحش وبحظر الاتجار في الحشيش والمخدرات . فينتهي الأمر إذن في عدم المشروعية أن يكون راجعاً إلى النظام العام والآداب . فما كان مخالفاً لذلك كان غير مشروع وكان العقد باطلا . وهذا هو مانصت عليه المادة ١٣٥ مدني إذ تقول : « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب . كان العقد باطلا »[2] .

١٦٩ — النظام العام والآداب (l'ordre public et les bonnes moeurs) : النظام العام هو مجموع القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد . سواء كانت هذه المصلحة اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية . فلا يجوز للأفراد مخالفة هذه القواعد باتفاقات خاصة بينهم . وتضيق دائرة النظام العام إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية . وتتسع إذا تغلبت مذاهب التضامن الاجتماعي والاشتراكية .

---

(١) وعدم القابلية للتعامل هنا نسبي . فالملك العام إذا كان لايصلح محلا للتصرف ، فإنه يصلح محلا للإيجار كما في شغل جزء من الطريق العام أومنح رخصة لإقامة كباين على شواطئ البحار . والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه ، فإنه يجوز إيجاره . ذلك أن عدم القابلية للتصرف في هذه الأشياء إنما يرجع للغرض الذي خصصت له . فما لا يتنافى مع هذا الغرض من ضروب التصرف يجوز .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٣٦ (مطابق) – الليبي م ١٣٥ (مطابق) – العراقي م ١٣٠ (موافق) – اللبناني م ١٩٢ (موافق) .

والنظام العام ليس شيئاً ثابتا فى كل مكان وفى كل زمان . بل هو شىء نسبى فى المكان وفى الزمان . وكل مايستطاع هو أن يوضع له معيار مرن هو معيار « المصلحة العامة » . وتطبيق هذا المعيار فى حضارة يؤدى إلى نتائج غير التى نصل إليها فى حضارة أخرى .

والآداب هى مجموع من القواعد تجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبى . فالعادات والعرف والدين والتقاليد . وإلى جانب ذلك ، بل فى الصميم منه ، ميزان إنسانى يزن الحسن والقبح . ونوع من الإلهام البشرى يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبى الذى تخضع الناس له ولو لم يأمرهم القانون بذلك . وليست الآداب ، هى أيضاً ، شيئاً ثابتا ، بل تتغير كالنظام العام فى المكان وفى الزمان[1] . وللآداب معيار مرن هو « الناموس الأدبى » كما رأينا للنظام العام معياراً مرنا هو « المصلحة العامة » [2] .

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذى تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فتؤثر فى القانون وروابطه . وتجعله يتمشى مع سنة التطور فى الجيل والبيئة . والقاضى يكاد يكون مشرعاً فى هذه الدائرة المرنة ، بل هو مشرع بتقيد بآداب عصره ومصالح أمته [3] . على أن فكرتين أساسيتين تسودان النظام العام والآداب : (١) فكرة المعيار الموضوعى . فالمصلحة العامة والناموس الأدبى هما معياران موضوعيان لا ذاتيان . (٢) وفكرة النسبية . فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا فى أمة معينة ، وفى جيل معين من هذه الأمة .

---

(١) فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى ، كالتأمين على الحياة والوساطة فى الزواج والعرى ، أصبحت الآن وقد اختلف النظر إليها . وهناك أمور أصبحت مخالفة للآداب ، كالاسترقاق وإدخال المهربات فى بلاد أجنبية ، وكانت من قبل غير ذلك .

(٢) وكلا المعيارين معيار موضوعى لا معيار ذاتى . فلا يجوز للقاضى أن يتخذ من النظام العام أو من الآداب نظرية فلسفية أو دينية يقيمها على رأيه الخاص و المسائل الاجتماعية أو الفلسفة الأخلاقية أو الدينية . بل يجب عليه أن يطبق مذهباً عاما تدين به الجماعة بأسرها ، لا مذهباً فردياً خاصاً يتمسك فيه بآرائه الشخصية .

(٣) ومن هنا كان البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو من الآداب مسألة قانون ، تخضع لرقابة محكمة النقض .

١٧٠ — تطبيقات مختلفة للنظام العام والآداب : نورد تطبيقات للنظام العام تتصل بروابط القانون العام ، وأخرى تتصل بروابط القانون الخاص . ثم نورد تطبيقات تتعلق بالآداب .

فنى روابط القانون العام ، القواعد الدستورية — كتلك التى تقرر حرية الترشيح والانتخاب — تعتبر من النظام العام . فلا يجوز لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته . والحريات العامة التى قررها الدستور هى أيضاً من النظام العام ، فلا يجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية ، ويكون باطلا كل اتفاق يقيد من حرية الشخص فى اعتناق الدين الذى يختاره . ولكل شخص الحق فى أن ينتمى إلى ما يشاء من الهيئات والجمعيات والنقابات المشروعة وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا لمخالفته للنظام العام . والنظم الإدارية والمالية تحقق مصلحة عامة ، فيحرم على الموظف أن يبيع وظيفته أو ينزل عنها لآخر ، ولا يجوز للموظف أن يتعهد بأن يستقيل من وظيفته . وإذا فرض القانون ضريبة فهى من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على جعل الملزم بدفع الضريبة للدولة شخصاً آخر غير الذى عينه القانون . والقوانين التى تنظم النقد والعملة هى من النظام العام ، ومن ثم يبطل شرط الدفع بالذهب كما سبق القول . والقوانين الجنائية من النظام العام ، فلا تجوز مخالفتها باتفاقات خاصة ، ومن ثم يعد باطلا الاتفاق على ارتكاب جريمة أو على عدم ارتكابها لقاء مبلغ من المال . ولا يجوز الاتفاق على تحمل شخص عن آخر المسئولية الجنائية أو دفع الغرامات عنه ، كما لا يجوز الاتفاق على خلق جريمة ليست فى القانون كأن يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم الوفاء بالدين تبديداً إذ التبديد لا يكون إلا فى عقود معينة على سبيل الحصر .

وفى روابط القانون الخاص ، كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام ، فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق كتعديل الجنسية أو تغيير الاسم أو النزول عن النسب . وقواعد الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز لشخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص . ولا يجوز الاتفاق بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق ،

ولايجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه فى الطلاق . ولايجوز للأب أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربيته لأولاده ، أويلتزم مقدماً باختيار دين معين لهم كأن يكون دين الأم مثلا . ومن روابط المعاملات المالية ماتحقق مصلحة عامة ، فيعتبر من النظام العام . فحق الملكية لايجوز تقييد المالك فى استعماله بغل يده عن التصرف فيه ، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . ولايجوز أن يتقيد المالك بالبقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات . ويجوز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها فى عقود الإذعان ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك . وما قرره القانون من إبطال العقد أو إنقاصه فى حالة الاستغلال ، ومن إنقاص الالتزام المرهق فى حالة الحوادث الطارئة ، ومن جواز تخفيض الشرط الجزائى إذا كان مبالغا فيه ، ومن تقرير سعر أعلى للفائدة الاتفاقية ، كل هذا يعتبر من النظام العام فلايجوز الاتفاق على مخالفته . ولا يجوز الإعفاء من المسئولية التقصيرية باتفاق خاص ، ولا من المسئولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أوخطأ جسيم .

والاتفاقات التى تخالف الآداب كثيرة متنوعة . من ذلك الاتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة فهو باطل . وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة باطل ، ولو حصلت هذه البيوت على ترخيص إدارى . فبيع بيت يدار للعهارة ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، واستئجار أشخاص يقومون بالخدمة فيه ، وإنشاء شركة لاستغلاله ، وإقراض مال للإعانة على إدارته ، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب . ويكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أورهان لمخالفته للآداب ، ويعد باطلا بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة . ومن يتقاضى جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لايستحق هذا الجزاء ويكون عقده باطلا ، كمن يتعهد برد وديعة عنده أومال اقترضه أو شيء سرقه لقاء أجر يأخذه . كذلك لايجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه أن يمتنع عنه ، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة لقاء جعل معين(١) .

---

(١) وكان القضاء الفرنسى يبطل الاتفاق الذى يتم ما بين مدير المسرح وجماعة الهتافة (claque) يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح ، لأن مثل هذا الاتفاق —

الفرع الثالث

السبب(*)

(La Cause)

١٧١ – نظرة عامة فى السبب : يمكن تعريف السبب تعريفاً أولياً بأنه هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فالفرق بينه وبين المحل . كما يقال عادة . هو أن المحل جواب من يسأل بماذا التزم المدين (quid debetur) ، أما السبب فجواب من يسأل لماذا التزم المدين (cur debetur) .

والسبب بهذا المعنى لايكون عنصراً فى التزام . بل يقتصر على الالتزام العقدى ، إذ الالتزام غير العقدى لايقوم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذى قصد إليه من وراء التزامه . والسبب كعنصر فى

= من شأنه أن يخدع الجمهور . ثم رجع القضاء الفرنسى عن ذلك ، لأن الحنافة يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للفنانين الناشئين . ولا يعد باطلا اتفاق النسابة (généologiste) مع وارث على أن يكشف له عن نسبه ليحصل بذلك على ميراث يستحقه ، مادام النسابة لم يخدع الوارث بل كشف له عن سر حقيقى كان يجهله .

(*) مراجع : كابيتان فى السبب فى الالتزامات – جوسران فى البواعث فى التصرفات القانونية – ريبير فى القاعدة الأدبية فى الالتزامات – ديموج فى الالتزامات جزء ٢ – بنكاز ملحق بودرى جزء ٢ – دراسات كابيتان : سيمونيس (Simonius) فى السبب فى القانون السويسرى ص ٧٠٣ – ڤان كان (Van Kan) أصل الالتزام دون سبب فى القانون المدنى ص ٨٧٥ .

الرسائل والمقالات : أرتير (Artur) باريس سنة ١٨٧٨ – بريسو (Brissaud) سنة ١٨٧٩ – تمبال (Timbal) تولوز سنة ١٨٨٢ – كولان (Colin) باريس سنة ١٨٩١ – سيفريادس (Sfériadès) باريس سنة ١٨٩٧ – بلسنيلا (Plesnila) باريس سنة ١٩١٠ – پيشون (Pichon) باريس سنة ١٩١٤ – ساڤاتييه (Savatier) پواتييه سنة ١٩١٦ – يوناسكو (Ionasco) باريس سنة ١٩٢٣ – سيليس (Celice) باريس سنة ١٩٢٣ – لاكرون (Macqueron) باريس سنة ١٩٢٥ – شيڤرييه (Chevrier) باريس سنة ١٩٢٩ – برس (Bresse) فى السبب فى القانون الإنجليزى ديچون سنة ١٩٢٩ – رينو (Renaud) باريس سنة ١٩٣٠ – ڤيدل (Videl) فى السبب فى القانون الإدارى تولوز سنة ١٩٣٤ – بواچيزان (Bois Juzan) بوردو سنة ١٩٣٩ – مقال للأستاذ دابان (Dabin) فى بلچيكا القضائية سنة ١٩٢٩ – مقال للأستاذ يوناسكو (Ionasco) فى مجلة القانون المدنى الإقليمية سنة ١٩٣١ .

الالتزام العقدى يتصل بالإرادة أوثق الاتصال : ليس هو الإرادة ذاتها ، ولكنه الغرض المباشر الذى اتجهت إليه الإرادة . فهو عنصر متميز عن الإرادة ولكنه يلازمها ، لأن الإرادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب ، فحيث توجد الإرادة يوجد السبب . فالسبب إذن هو ركن فى العقد يتميز عن ركن الإرادة ، ولكن الركنين متلازمان .

وكلما زاد حظ الإرادة فى تكوين العقد وضعف حظ الشكل ، زادت أهمية السبب . ذلك أن الإرادة ، إذا تحررت من قيود الشكل ، وجب أن تتقيد بالسبب . وعندما كان الشكل وحده هو الذى ينشئ العقد ، كما كان الأمر فى العهد الأول من القانون الرومانى ، لم يكن للسبب من أثر . وبدأ السبب فى الظهور عندما بدأت الإرادة تتحرر متدرجة من قيود الشكل ، وما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية فى العقود حتى ظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تستره ، وبرز قويا ليحوط الإرادة بقيود تحل محل قيود الشكل . وهكذا هو الحال فى القانون الحديث حيث الشكلية تكاد تنعدم ، فأينعت نظرية السبب ورجعت قوية كما كانت فى القانون الكنسى ، لولا أن العقد المجرد حل محل العقد الشكلى فى الانتقاص من سلطان السبب.

وقد بدأ العقد شكلياً (formel) ، حيث السبب لا أثر له كما قدمنا . ثم تطور إلى عقد رضائى (consensuel) ، حيث السبب له أكبر الأثر . ثم تطور أخيراً إلى عقد مجرد (abstrait) ، حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد للسبب إلا أثر غير مباشر . وسنرى أن التقنين المصرى الجديد لم يماش هذا التطور إلى نهايته كما فعلت القوانين الجرمانية ، بل حرص على أن يبقى فى دائرة القوانين اللاتينية حيث لا يزال العقد رضائيا وحيث تشغل نظرية السبب فى العقد المكان البارز وحيث لا يوجد العقد المجرد إلا فى دائرة ضيقة .

١٧٢ — النظرية التقليدية والنظرية الحديثة فى السبب : للسبب نظرية تقليدية بسطها دوما (Domat) ، ومن بعده بوتييه (Pothier) ، فى القانون الفرنسى القديم ، وانتقلت عنهما إلى التقنين المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ . وقد أثارت هذه النظرية التقليدية خلافاً شديداً بين الفقهاء ، وكان لها أنصار

وخصوم . ولكن القضاء الفرنسي بقى بمعزل عن هذه الخلافات الفقهية ، وأخذ من جانبه بنظرية مخصبة كان القانون الكنسي يقول بها ، وهى نظرية تفسر السبب بالباعث . ومن ثم قامت هذه النظرية الحديثة فى السبب على أنقاض النظرية التقليدية ، قامت أولا على أكتاف القضاء . ثم اعتنقها الفقه بعد ذلك . وقد انتقلت هذه النظرية الحديثة إلى التقنين المدنى المصرى الجديد .

فنتكلم : (أولا) فى النظرية التقليدية . (ثانيا) فى النظرية الحديثة . (ثالثا) فى نظرية السبب بعد انتقالها إلى التقنين المدنى المصرى الجديد .

المبحث الأول

النظرية التقليدية فى السبب

١٧٣ — النظرية التقليدية وما قام حولها من مجادلات فقهية : نتناول النظرية التقليدية فنتكلم أولا فى معنى السبب فى هذه النظرية وفى الشروط التى يجب توافرها فيه . ثم نستعرض الحجج التى تقدم بها خصوم السبب فى تفنيده ، والحجج التى تقدم بها أنصاره فى تأييده .

المطلب الأول

معنى السبب فى النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه

§ ١ – تحديد معنى السبب فى النظرية التقليدية

١٧٤ — السبب الإنشائى والسبب الدافع والسبب القصدى : تميز النظرية التقليدية بين السبب الإنشائى (cause efficiente) والسبب الدافع (cause impulsive) والسبب القصدى (cause finale) .

فالسبب الإنشائى هو مصدر الالتزام . فتكون الأسباب الإنشائية للالتزام هى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . والسبب بهذا المعنى لايعنينا هنا ، فنستبعده .

والسبب الدافع هو الباعث الذى دفع الملتزم إلى ترتيب الالتزام فى ذمته :

فمن يشترى داراً قد يكون الدافع له على الشراء أى على الالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل الدار . أو أن يخصصها لسكناه . أو أن يتخذها محلا لعمله ، أو أن يديرها للعهارة . أو أن يجعل منها ناديا للمقامرة . الخ . الخ . فالباعث إذن شيء خارجى (extrinsèque) عن العقد فلا يذكر فيه حتما . وهو شيء ذاتى (subjectif) للملتزم إذ يرجع لنيته وما تأثر به من دوافع . وهو شيء متغير (variable) لا فى كل نوع من العقود فحسب بل فى كل عقد على حدة . ولما كان الباعث على هذا الوجه لا يمكن ضبطه . فإن النظرية التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له فى وجود العقد .

والسبب القصدى هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فيختلف عن السبب الدافع فى أنه هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم . أما السبب الدافع فغرض غير مباشر يتحقق بعد أن يتحقق السبب القصدى . ولما كان السبب القصدى بهذا المعنى يسهل الكشف عنه . فهو على خلاف السبب الدافع شيء داخلى (intrinsèque) فى العقد يستخلص حتما من عبارات التعاقد . وهو شيء موضوعى (objectif) لا تؤثر فيه نوايا الملتزم . وهو غير متغير (invariable) فيبقى واحداً فى نوع واحد من العقود ولا يتغير بتغير الدوافع ، لذلك تقف عنده النظرية التقليدية وتعتبره هو الركن فى الالتزام التعاقدى . وتطلق عليه كلمة «السبب» دون أى وصف .

١٧٥ — السبب فى الطوائف المختلفة من العقود : وتستعرض النظرية التقليدية الطوائف المختلفة للعقود لتحدد السبب — ويفهم دائماً بمعنى السبب القصدى — فى كل طائفة منها . على النحو الذى جرى عليه دوما وبوتييه .

ففى العقود الملزمة للجانبين . سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر . فسبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع وبتسلمه وضمانه هو التزام المشترى بدفع الثمن . فهذا هو الغرض المباشر الذى قصد البائع أن يتحقق من وراء التزامه .

وفى العقود الملزمة لجانب واحد . إذا كان العقد عينياً يكون سبب التزام المتعاقد الملتزم هو تسلمه الشيء محل التعاقد . فالمقترض — وعقد القرض لا يزال عقداً عينياً فى القانون الفرنسى — يلتزم برد القرض لأنه تسلمه ، وهذا

هو الغرض المباشر الذى قصد تحقيقه من وراء التزامه . وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً رضائيا . كالوعد بالبيع . فسبب الالتزام هو إتمام العقد النهائى . وهو الغرض المباشر الذى قصد تحقيقه . وهو بعدُ سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق .

وفى عقود التبرع . السبب فى التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها ، فالمتبرع يقصد من وراء التزامه تحقيق غرض مباشر هو إسداء يد للموهوب له .

١٧٦ — قيام السبب من وقت تكوين العقد إلى حين تمام تنفيذه : وتحرص النظرية التقليدية على أن تقرر أن قيام السبب واجب من وقت تكوين العقد إلى حين تمام تنفيذه . فإذا قام السبب عند تكوين العقد ولكن انقطع قبل التنفيذ سقط الالتزام . وتظهر أهمية ذلك فى العقود الملزمة للجانبين . إذ تتميز هذه العقود بأمور ثلاثة : (١) الدفع بعدم التنفيذ . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه . جاز للمتعاقد الآخر أن يقف هو أيضاً تنفيذ ما ترتب فى ذمته من التزام . (٢) والفسخ . وفيه لا يقتصر المتعاقد الآخر على وقف التنفيذ إذا لم يقم المتعاقد الأول بتنفيذ التزامه . بل يطلب فسخ العقد والتحلل من التزامه لا وقف تنفيذه فحسب . (٣) وتحمل التبعة . فإذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبى . سقط التزام المتعاقد الآخر وتحمل المتعاقد الأول التبعة .

وسنعرض لهذه النظريات الثلاث فى مواضعها ؛ ونشير هنا إلى أن النظرية التقليدية فى السبب تبنى هذه النظريات الثلاث على فكرة السبب ووجوب بقائه قائماً إلى أن يتم تنفيذ العقد . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحال عليه ذلك لسبب أجنبى . فإن التزام المتعاقد الآخر ينقطع سببه بعد أن كان قائماً . ومن ثم يستطيع هذا المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه أو أن يتحلل منه بالفسخ أو أن يحمل التعاقد الأول تبعة الاستحالة .

§ ٢ — الشروط الواجب توافرها فى السبب

١٧٧ — شروط ثلاثة : تقرر النظرية التقليدية أنه يجب أن يتوافر فى

السبب شروط ثلاثة : (١) أن يكون موجوداً . (٢) وأن يكون صحيحاً . (٣) وأن يكون مشروعاً [1] .

١٧٨ — وجود السبب : وجود السبب ليس فى الواقع شرطاً يجب توافره فى شىء بل هو الشىء ذاته . وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاما غير قائم .

والمراد بالسبب غير الموجود ليس هو السبب الموهوم الذى ظن المتعاقدان وجوده وهو غير موجود . فسنرى أن السبب الموهوم يدخل فى دائرة الشرط الثانى . إنما المراد هو سبب غير موجود مع علم المتعاقدين بذلك . ويتحقق هذا فى فروض نذكر منها الفرضين الآتيين :

أولا — قد يكره شخص على الإقرار بمديونيته لآخر وهو غير مدين . والطرفان يعلمان ذلك . مثل ذلك قرض لم يتم ويمضى المدين عقد القرض مكرهاً . وقد لا يكون مكرهاً ويمضى العقد معتقداً أنه سيتسلم القرض بعد الإمضاء ثم لا يتسلمه [2] . ففى هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام السبب . ولا نقف هنا عند الإكراه فقد لا يوجد كما قدمنا . وحتى إذا وجد فهو يقتصر على جعل العقد قابلا للإبطال لا باطلا .

ثانيا — سند المجاملة (effet de complaisance) . ففيه السند منعدم . وصورته أن يلتزم شخص نحو آخر التزاما صوريا فيمضى سنداً لمصلحته ،

---

(١) وهذه الشروط قد وردت فى نصوص التقنين المدنى الفرنسى . فنصت المادة ١١٣١ مدنى فرنسى على أن « الالتزام لا ينتج أى أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب (sans cause) ، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح (fausse cause) . أو على سبب غير مشروع (cause illicite) » . ونصت المادة ١١٣٢ مدنى فرنسى على أن « الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه » . ونصت المادة ١١٣٣ مدنى فرنسى على أن « السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون . أو إذا كان مخالفاً للآداب أو للنظام العام » .

وقد نقل التقنين المدنى المصرى القديم هذه النصوص فى نص واحد . هو المادة ٩٤/١٤٨ على الوجه الآتى : « يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » . والأصل الفرنسى لهذا النص أدق . إذ يجرى على الوجه الآتى : « لا يوجد الالتزام إلا إذا كان له سبب محقق مشروع » . فجعل السبب شرطاً فى وجود الالتزام لا فى صحته فحسب .

(٢) ويلاحظ أن القرض فى التقنين المدنى الجديد عقد رضائى . لا عقد عينى يقتضى لانعقاده تسليم القرض .

ويقصد بإعطاء هذا السند للدائن الصورى أن يحصل هذا على قيمته عن طريق تحويله ، حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصورى بتوريد قيمته إلى المدين فيدفعها هذا لحامل السند . وبذلك يستطيع الدائن الصورى أن يحصل على قيمة السند إلى أجل معلوم . لامن المدين بالذات . بل بفضل إمضاء هذا المدين على سند المجاملة . ولايحتج بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن النية . ولكن فى العلاقة مابين المدين ودائنه الصورى يستطيع الأول أن يتمسك بانعدام السبب[1] .

على أن انعدام السبب يتحقق بوجه خاص بعد التعاقد لاعند التعاقد ، ويقع ذلك فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحال عليه التنفيذ لسبب أجنبى . فإن سبب التزام المتعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد . وانعدام السبب بعد وجوده هو الذى يبرر نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل التبعة على ما رأينا .

١٧٩ — صحة السبب : ويجب أن يكون السبب صحيحاً . فإذا كان السبب الظاهر فى العقد غير صحيح (fausse cause) لم يقم الالتزام . ويرجع عدم صحة السبب الظاهر إلى أحد أمرين . فإما أن يكون سبباً موهوماً أو مغلوطا (cause erronée) وإما أن يكون سبباً صوريا (cause simuleé) .

مثل السبب الموهوم وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهو ليس بوارث . فالتخارج باطل لأن سببه موهوم . ووارث يمضى إقراراً بدين على التركة ويتبين بعد ذلك أن الدين قد وفاه المورث ، أو يصالح موصى له على وصية ويتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة . فإقرار الوارث أو صلحه باطل لأن السبب موهوم .

أما إذا كان السبب صوريا ، فإن الصورية فى ذاتها ليست سبباً فى البطلان ،

---

(١) نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٣ ص ٣٤ — ويتحقق انعدام السبب ، دون وهم أو إكراه ، فى عقد احتمالى يسمى كرة الثلج **(boule de neige)** (نظرية العقد للمؤلف ص ٥٥١ هامش ٣) ، كما يتحقق فى العقود الاحتمالية إذا انعدم الاحتمال فى أحد الجانبين .

ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقي . فإن كان السبب الحقيقي موهوما سقط الالتزام لأن السبب موهوم لا لأنه صوري ، وإن كان السبب الحقيقي غير مشروع سقط الالتزام كذلك لعدم المشروعية لا للصورية . أما إذا كان السبب الحقيقي مشروعاً غير موهوم . فإن الالتزام يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر .

١٨٠ — مشروعية السبب : والسبب المشروع هو الذى لا يحرمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للآداب . ومشروعية السبب شرط متميز عن شرط مشروعية المحل . فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع ، ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية :

أولا — إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود ، فإن التزام الشخص الآخر بدفع مبلغ من النقود محله مشروع ، ولكن سببه — وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة — غير مشروع .

ثانيا — إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود . فإن التزام كل من المتعاقدين — عدم ارتكاب الجريمة ودفع مبلغ من النقود — محله مشروع . ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الثانى بدفع النقود . وهذا سبب غير مشروع . وسبب التزام الثانى بدفع النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة . وهذا أيضاً سبب غير مشروع . وكذلك الأمر فى كل عقد يلتزم فيه شخص بأن يجيز شخصاً آخر ليحمله على الالتزام بعمل كان يجب عليه عمله دون أن يجاز ، كالمسروق منه يجيز السارق حتى يرد المسروق ، وكمن خطف ولده يجيز الخاطف حتى يرد الولد .

ثالثا — عقد الوساطة فى الزواج (courtage matrimonial) هو أيضاً عقد سببه غير مشروع على رأى ، وإن كان المحل مشروعاً . وقد ميزت محكمة النقض الفرنسية [(١)] بين فرضين : فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم . كان هذا أجراً على العمل فيكون العقد مشروعا . أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج . فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط قد يحمل على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم الزواج فيأخذ

---

(١) نقض فرنسى أول مايو سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥ — ١ — ١٤٧ .

أجره . والقضاء المصرى غير مستقر (١) . ونؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية . فيكون الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجراً إذا تم الزواج اتفاق غير مشروع . وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل . لأن التزام كل من الطرفين محله مشروع — إعطاء الأجر والعثور على زوج صالح — ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام التزام الوسيط تزويج الطرف الآخر فى مقابل أجر والتزام الطرف الآخر إعطاء الوسيط أجراً فى مقابل هذا الزواج .

المطلب الثانى

خصوم السبب وأنصاره

١٨١ — خصوم السبب : ينتقد پلانيول نظرية السبب التقليدى . ويقول عنها إنها نظرية غير صحيحة ، ثم هى غير ذات فائدة .

أما أنها غير صحيحة ، فيظهر ذلك إذا استعرضنا السبب فى فروضه الثلاثة . ففى العقد الملزم للجانبين تقول النظرية التقليدية إن سبب أحد الالتزامين المتقابلين هو الالتزام الآخر . وفى هذا استحالة منطقية . فالالتزامان المتقابلان يولدان فى وقت واحد فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر . وفى العقد العينى تسليم العين هو سبب الالتزام . ولكن التسليم ليس إلا المصدر الذى كوّن العقد . فيختلط السبب هنا بالمصدر . وفى عقد التبرع سبب الالتزام هو نية التبرع . وليست نية التبرع إلا إرادة المتبرع . فيختلط السبب هنا بالتراضى .

وأما أن النظرية غير ذات فائدة ، فلأننا نستطيع الاستغناء عنها دائماً . ففى العقد الملزم للجانبين يكفى أن نقول إن الالتزامين المتقابلين مرتبطان أحدهما بالآخر بحيث يتوقف مصير أى منهما على مصير الثانى . وتغنى فكرة الارتباط فى هذه العقود عن فكرة السبب . وفى العقود العينية وعقود التبرع انعدام السبب ليس

---

(١) فقد قضت محكمة عابدين (١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦) ببطلان العقد ، لا سيما فى بلد كمصر حيث يسهل على الخاطبة أن تخدع الزوج . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة (٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣) بصحة العقد إذ هو ييسر أمر الزواج وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية .

إلا انعدام التسليم فى العقد العينى وانعدام نية التبرع فى الهبة ، وهذا معناه انعدام العقد ذاته ، فلسنا إذن فى حاجة إلى تعليل عدم قيام الالتزام بانعدام السبب مادام العقد ذاته غير موجود .

١٨٢ — **أنصار السبب :** يدافع كاپيتان عن النظرية التقليدية فى السبب ، ولكنه فى دفاعه عنها يحورها فى بعض نواحيها . فعنده أن السبب فى العقد الملزم للجانبين ليس هو الالتزام المقابل ذاته . بل هو تنفيذ هذا الالتزام ، فلايجوز الاعتراض بعد ذلك بأن السبب هو المسبب . وسبب الالتزام فى الهبة هو نية التبرع ، ولاتختلط هذه النية بالرضاء كما يقول خصوم السبب . فإن إرادة الواهب تتحلل إلى عنصرين : إرادته فى أن يلتزم وإرادته فى أن يكون الالتزام دون مقابل . على أن كاپيتان لايقف عند نية التبرع ، بل يجاوزها إلى الباعث فيجعله هو السبب فى حالتين : (١) التبرع إذا اقترن بشرط يتبين أنه هو الذى دفع المتبرع إلى تبرعه . فيكون السبب هنا هو القيام بهذا الشرط . (٢) الوصية حيث لاتوجد إلا إرادة الموصى ، فيكون الباعث على الوصية هو السبب . وفى هاتين الحالتين يسلم كاپيتان باختلاط الباعث بالسبب.

المبحث الثانى

النظرية الحديثة فى السبب

١٨٣ — **وجوب التوسع فى تحرير السبب :** لم يرض القضاء فى فرنسا ، وهو يواجه الحياة العملية ، عن النظرية التقليدية فى السبب ، فهى نظرية ضيقة عقيمة . وتوسع فى تحديد السبب فجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، ومالبث الفقه الحديث أن انضم إلى القضاء فى نظريته . ولم يكن بد من أن تقترن الإرادة بالباعث الذى يحركها . وهذا هو التصرف المسبب وهو الأصل . وقد يتجرد التصرف عن هذا الباعث . وهذا هو التصرف المجرد ولايرد إلا على سبيل الاستثناء .

فنتكلم إذن فى مسائل ثلاث : (١) استبعاد النظرية التقليدية . (٢) الأخذ بالنظرية الحديثة وهى تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد . (٣) التصرف المجرد .

المطلب الأول

استبعاد النظرية التقليدية

١٨٤ — العيب الجوهرى فى النظرية التقليدية — نظرية عقيمة يمكن الاستغناء عنها : العيب الجوهرى فى النظرية التقليدية هو أنها نظرية عقيمة . لاتضيف شيئاً إلى الثروة القانونية . ونستعرض السبب الموجود والسبب الصحيح والسبب المشروع . لنثبت أن السبب بالمعنى التقليدى الضيق يمكن الاستغناء عنه دون عناء .

١٨٥ — كيف نستغنى عن السبب الموجود : تقول النظرية التقليدية إن السبب إذا لم يكن موجوداً فإن الالتزام لايقوم . وتأتى لذلك بمثلين : مثل من أكره على التزام ليس له سبب . ومثل من أمضى سند المجاملة .

فإذا أكره شخص على إمضاء عقد قرض لم يتسلم فيه الشىء المقترض . لم يكف هنا استظهار الإكراه لأنه يقتصر على جعل العقد قابلا للإبطال فى حين أن العقد باطل كما قدمنا . وتقول النظرية التقليدية إن أساس البطلان هو انعدام السبب . إذ الالتزام بالمديونية سببه التسليم والتسليم لم يتم . على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة ذاتها عن طريق غير طريق السبب . فالتزام المقترض لايقوم هنا لأنه لم يتسلم مبلغ القرض . ولابد أن يتسلم المقترض مبلغ القرض حتى يلتزم برده . إما لأن القرض عقد عينى لايتم إلا بالتسليم . وإما لأن القرض عقد رضائى — وفقاً لتقنين المدنى المصرى الجديد — لم يتم فيه المقرض بتنفيذ التزامه . ففى الحالين يسقط التزام من أمضى السند . لا لانعدام السبب . بل لعدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل .

أما إذا أمضى شخص سند مجاملة لدائن صورى . فإن قواعد الصورية تغنينا عن نظرية السبب . فالسند صورى . والدين لاوجود له فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير (حامل السند) فيؤخذ بالعقد الظاهر .

على أننا إذا استعرضنا طوائف العقود المختلفة . زدنا يقينا أن السبب بالمعنى التقليدى يسهل الاستغناء عنه . فالالتزام فى العقد الملزم للجانبين سببه كما تقول

النظرية التقليدية الالتزام المقابل . ولكن ما أيسر أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة الارتباط التي قال بها پلانيول . بل لعل فكرة الارتباط من الناحية الفنية أدق من فكرة السبب . ذلك أن انعدام السبب جزاؤه البطلان . فوجب أن يكون الجزاء واحداً إذا انعدم السبب عند تكوين العقد أوبعد تكوينه . ولكننا نرى فى النظرية التقليدية أن العقد يبطل فى الحالة الأولى وينفسخ فى الحالة الثانية . وفى هذا التفريق عيب فنى واضح . أما فكرة الارتباط فتسمح بهذا التفريق . إذ هى تقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد ومنطق الارتباط يقتضى هنا أن العقد لايوجد . وتقول بأن العقد ينقضى بعد وجوده أى ينفسخ إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد . وتقول النظرية التقليدية إن العقد العينى سببه التسليم . فإذا لم يتم التسليم لم يقم الالتزام لانعدام سببه . ومن السهل هنا أيضاً أن يقال إن الالتزام لايقوم . لا لانعدام السبب . بل لعدم انعقاد العقد العينى . وتقول النظرية التقليدية إن السبب فى التبرعات هو نية التبرع . ولكن متى ثبت أن المتبرع قد رضى أن يتبرع فرضاؤه يتضمن حتماً نية التبرع . فإذا انعدمت هذه النية فذلك لايكون إلا لأن الرضاء بالتبرع منعدم . وتكون الهبة باطلة فى هذه الحالة لانعدام الرضاء لا لانعدام السبب .

١٨٦ — كيف نستغنى عن السبب الصحيح : ومن السهل أيضاً أن نستغنى عن السبب الصحيح . فالسبب غير الصحيح إما سبب موهوم أو سبب صورى.

وإذا استعرضنا أمثلة السبب الموهوم . وجدنا أنه يمكن الاستغناء فيها جميعاً عن نظرية السبب بنظرية المحل . فالشخص غير الوارث الذى يتخارج مع وارث يتعامل فى حق معدوم . وهذا هو حال دائن التركة الذى يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه . وحال الموصى له الذى يتعامل فى الموصى به إذا كانت الوصية باطلة .

أما السبب الصورى فقد رأينا أنه لايبطل العقد إلا إذا كان يخفى سبباً موهوما أو سبباً غير مشروع . وقد فرغنا من السبب الموهوم . فننتقل الآن إلى السبب غير المشروع .

١٨٧ — كيف نستغنى عن السبب المشروع : ومن السهل أن نستغنى عن السبب المشروع فى العقود الملزمة للجانبين بفكرة الارتباط التى قدمناها . فمن يتعهد بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من النقود لايقوم التزامه لعدم مشروعية المحل . وكذلك لايقوم الالتزام المقابل لالعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع . ومن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود لايقوم التزامه لاستحالة المحل إذ لايستطيع إنشاء التزام هو موجود فعلا قبل هذا الإنشاء . وكذلك لايقوم الالتزام المقابل لالعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام مستحيل . والوسيط فى الزواج قد تعهد بأمر غير مشروع لايتفق مع الآداب . وكذلك لايقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع .

أما فى العقود العينية والتبرعات . فإن اشتراط مشروعية السبب غير مفهوم . فالسبب فى العقود العينية هو التسليم . ولايتصور أن يكون التسليم غير مشروع إلا إذا وقع على محل غير مشروع . وعند ذلك لاينعقد العقد لعدم مشروعية المحل لالعدم مشروعية السبب . والسبب فى التبرعات هو نية التبرع . وكيف يتصور أن تكون نية التبرع فى ذاتها غير مشروعة ! إن وجه الاستحالة فى ذلك هو الذى يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية . ومنهم كابيتان . يجنحون إلى اعتبار السبب فى التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع .

المطلب الثانى

الأخذ بالنظرية الحديثة التى تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد

١٨٨ — السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد : لم يلبث القضاء الفرنسى أن كسر الحواجز التى أقامتها النظرية التقليدية مابين السبب والباعث . وخلط بينهما خلطاً تاما . لا فى التبرعات فحسب . بل فيها وفى سائر العقود . وقد أكسب القضاء نظرية السبب على هذا النحو مرونة لم تكن لها . وأصبحت النظرية منتجة لا غنى عنها .

فالسبب فى نظر القضاء هو الباعث الدافع الموجه للملتزم فى أن يلتزم (mobile impulsif et déterminant) . وما دامت الإرادة قد أصبحت

حرة تنشئ ما تشاء من الالتزامات . ومادامت لابد لها من باعث يدفعها ، فلا أقل من أن يكون هذا الباعث مشروعاً . وبواعث الإرادة كثيرة . منها الدافع وغير الدافع . ومنها الرئيسى وغير الرئيسى . فالباعث الدافع الرئيسى هو الذى يعتد به .

١٨٩ — مرونة الباعث وكيف ينضبط : والباعث على هذا النحو من التحديد أكثر مرونة من السبب فى النظرية التقليدية . فالسبب فى النظرية التقليدية ، كما قدمنا ، معياره موضوعى ، وهو داخل فى العقد ، ولايتغير فى النوع الواحد من العقود . أما الباعث فمعياره ذاتى ، وهو خارج عن العقد ، ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين ومايدفعهم من البواعث . ومادام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير ، كان من الواجب أن ينضبط حتى لايكون مثارا للزعزعة فى التعامل .

فإذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ، كان لابد أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الباعث ، كما رأيناه يتصل بالغلط ، حتى لايفاجأ ببطلان العقد دون أن يعلم شيئاً عن عدم مشروعية الباعث . فيتزعزع التعامل . والمتعاقد الآخر ، بالنسبة إلى الباعث غير المشروع الذى دفع المتعاقد الأول إلى التعاقد ، إما أن يكون غير عالم به ، أو أن يكون عالما به غير مساهم فيه ، أو أن يكون مساهما فيه دون أن يتفق عليه ، أو أن يكون متفقاً عليه مع المتعاقد الأول . ونأتى بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة . شخص يقترض نقوداً من آخر ليقامر بها . فالمقرض قد يجهل الغرض الذى أخذ المقترض النقود من أجله ، وفى هذه الحالة لايعتد بالباعث الذى دفع المقترض إلى الاقتراض . وقد يكون القرض صديقاً للمقترض عالما بغرضه ، دون أن يقصد بالإقراض تمكين المقترض من المقامرة ، وهذه هى مرتبة العلم . وقد يكون المقرض مرابيا يستثمر ماله فى إقراض المقامرين ، فيكون قد قصد إلى تمكين المقترض من المقامرة ، وهذه هى مرتبة المساهمة . وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذى يقامر المقترض معه ، فيتفقان على القرض للاستمرار فى المقامرة ، وهذه هى مرتبة الاتفاق . والقضاء الفرنسى يكتفى بمرتبة العلم ،

فيعتد بالباعث مادام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث[١] . ومادام الذى يعنينا فى انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل ، فالقضاء الفرنسى على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم ، سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعاً .

١٩٠ — تطبيقات مقتبسة من القضاء الفرنسى : نستعرض للقضاء الفرنسى بعض تطبيقات للسبب مفهوماً بمعنى الباعث الذى دفع إلى التعاقد ، مرجئين القضاء المصرى إلى حين الكلام فى نظرية السبب فى التقنين المدنى المصرى الجديد .

فى العقود الملزمة للجانبين ، كثيراً ما يبطل القضاء فى فرنسا عقوداً يكون الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع ، وإن كان السبب بالمعنى الذى تقول به النظرية التقليدية مشروعاً فى هذه العقود . فالبيع أو الإيجار ، إذا وقع أى منهما على منزل يريد المشترى أو المستأجر إدارته للعهارة ، وكان البائع أو المؤجر عالما بقصد المشترى أو المستأجر ، يكون باطلا . وكذلك فى الأماكن التى تدار للمقامرة ، بيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكانا للمقامرة باطل[٢] .

---

(١) أما فى الفقه الفرنسى ، فهناك من الفقهاء من يكتفى بمرتبة العلم فى المعاوضات ، ولا يشترط فى التبرعات حتى مجرد العلم (جوسران فى البواعث فقرة ١٥٩ ص ٢٠١ وفقرة ١٦٠ ص ٢٠٣) . وهناك من يشترط مرتبة المساهمة فى المعاوضات ، ومرتبة العلم فى التبرعات (بواجزان فى السبب فى القانون الفرنسى ص ٥٧٣ — ص ٥٨٠) . وهناك من يتطلب مرتبة الاتفاق ، فالاتفاق وحده هو الذى يدخل الباعث فى دائرة التعاقد (dans le champ contractuel) (كابيتان فى السبب فقرة ٢٤٤) .

(٢) ليون ١١ يوليه سنة ١٨٦٢ سيريه ٦٢ — ٢ — ١٦٥ — باريس ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دى باليه ١٩٠٠ — ١ — ١٣٢ — وهناك أحكام قضت ببطلان عقد الاستخدام فى محل يدار للعهارة (نقض فرنسى ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٤٨٤) ، وأحكام قضت ببطلان عقد بيع مفروشات لمحل يدار للعهارة (السين التجارية أول مايو سنة ١٨٨٨ جازيت دى باليه ٨٨ — ١ — ٧٩٧) .

وقد أراد بعض الفقهاء فى فرنسا (لوران ٢٥ فقرة ٦٥ — بودرى وڤال ١ فقرة ٣٠٧) التمييز بين فرضين : (١) منزل معد للعهارة يباع أو يؤجر بعد إعداده ، فيعتبر متجراً (fonds de commerce) لا مجرد مكان ، وفى هذه الحالة يكون البيع أو الإيجار باطلا لعدم مشروعية السبب وعدم مشروعية المحل معاً . (٢) ومنزل يباع أو يؤجر قبل أن يعد للعهارة باعتبار أنه مكان لا متجر ، ولو كان قصد المشترى أو المستأجر أن يديره للعهارة ، وفى هذه —

وفى العقود العينية . يبطل القضاء الفرنسى قرضاً يكون قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالما بهذا القصد، سواء كان مشتركا معه فى المقامرة أولم يكن . وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أولم يكن يفيد[١]. ويبطل القرض أيضاً إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقترض من الحصول على منزل يديره للعهارة . أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له[٢] .

وفى التبرعات ، يبطل القضاء الفرنسى التبرع إذا ظهر أن الباعث للمتبرع على تبرعه هو علاقة بنوة غير شرعية . ويبطل تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث كان لإيجاد هذه العلاقة غير الشريفة أو لاستبقائها أو لإعادتها[٣] . ويبطل تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بالانفصال الودى دون اتباع الإجراءات المرسومة لذلك[٤] . ويبطل التبرع إذا اقترن بشرط غير مشروع وكان هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد . أما إذا لم يكن الشرط هو الدافع فإنه يبطل الشرط ويبقى التبرع طبقاً لأحكام المادة ٩٠٠ من التقنين المدنى الفرنسى[٥] .

= الحالة لا يكون العقد باطلا طبقاً للنظرية التقليدية التى تميز بين السبب والباعث . ولكن القضاء الفرنسى لم يأخذ بهذا التمييز . فهو يقضى ببطلان العقد فى الفرضين .

(١) نقض فرنسى ٤ يوليه سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٥٠٠ .

(٢) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ — ١ — ٢٨٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ١٧٢ .

(٣) نقض فرنسى ٢٩ يونيه سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ — ١ — ٣٥٨ — ٨ يوليه سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٧ — ١ — ٢٩٤ — ٨ يونيه سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧ — ١ — ١١٣ — أما إذا كان الباعث على التبرع إنما هو تعويض الخليلة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً ، بل هو يعتبر وفاء لالتزام طبيعى (نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩١٨ — ١ — ١٧٠) .

(٤) نقض فرنسى ٢ يناير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ — ١ — ١٣٧ .

(٥) نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢ — ١ — ٢٢٠ — ٢٣ يوليه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ٩٤ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٢ — ١ — ٢٣٩ . ولا تميز المادة ٩٠٠ مدنى فرنسى بين الدافع والشرط غير الدافع ، بل هى تقرر بوجه عام أنه إذا اقترن التبرع بشرط غير مشروع بطل الشرط وبقى التبرع . فتقيد القضاء الفرنسى من هذا الحكم بفضل نظرية السبب ، وجعل الشرط الدافع هو السبب فى التبرع فيبطل التبرع كله . أما الشرط غير الدافع فهو الذى يبطل وحده دون التبرع .

المطلب الثالث

التصرف المجرد

(L'acte abstrait)

١٩١ — التصرف المسبب والتصرف المجرد : رأينا أن الإرادة إذا كانت من جهة قد تجردت من الشكل فتحللت من هذا القيد . فهى من جهة أخرى قد اقترنت بالسبب فاستبدلت قيد السبب بقيد الشكل . أما الإرادة مجردة من الشكل ومن السبب معاً ، فلا يمكن أن يسلم بها كقاعدة فى قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالقوانين اللاتينية . فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحرر الإرادة من عيوبها وأن تقترن بسببها . ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير المباعدة بينها وبين الإرادة الباطنة . فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذى حرك هذه الإرادة . ولا يبقى فى مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة . وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد .

فالدائن فى التصرف المجرد له مزية كبرى . إذ يستطيع أن يتمسك بحقه دون أن يدفع المدين هذا الحق لعيب فى الإرادة أو فى السبب. وكل ما يستطيع المدين هو أن يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب على دائنه . فيدفع دعواه إذا لم يكن قد وفى الدين ، أو يسترد ما دفع إذا كان قد وفى . فإذا انتقل الحق إلى الغير ، فهنا تظهر الفائدة العملية للتصرف المجرد ، إذ لا يستطيع المدين أن يدفع دعوى الغير . بل عليه أن يفى له بالدين ، ثم يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب على الدائن الأصلى . ونرى من ذلك أن التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان ، تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار . وليس التصرف المجرد إلا رجوعاً مهذباً إلى التصرف الشكلى . كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار . ولكن التصرف الشكلى يستجيب إليه فى جمعية بدائية . ويستجيب إليه التصرف المجرد فى جمعية متحضرة .

على أن التصرف المجرد لم يظفر من القوانين اللاتينية ، وهى التى تأخذ بالإرادة الباطنة ، إلا بمكان ضيق محدود . أما القوانين الجرمانية ، وهى التى تأخذ بالإرادة الظاهرة ، فقد أفسحت للتصرف المجرد مجالا أوسع . ونستعرض

حظ هذا التصرف فى كل من القوانين الجرمانية والقوانين اللاتينية . ويدخل القانون المصرى فى هذه القوانين الأخيرة .

١٩٢ — التصرف المجرد فى القوانين الجرمانية : بالرغم من أن التقنينات الجرمانية لاتنص على نظرية السبب ، فإن التصرفات فيها على نوعين : النوع الأول هو التصرفات المسببة (Kausale Rechtsgeschaefte) وهى أغلب التصرفات المدنية . وفيها السبب ركن يجب أن تتوافر فيه شروطه المعروفة فيكون صحيحاً مشروعاً [١] . والنوع الثانى هو التصرفات المجردة (Abstrakte Rechtsgeschaefte) لايعتد فيها بالسبب ولا بعيوب الإرادة .

والتصرفات المجردة طائفتان : طائفة عقود انتقال الملكية ، وطائفة العقود المنشئة للالتزامات .

فالأولى تنتقل بها الملكية والحق العينى بوجه عام دون اعتبار للسبب . ذلك أن الملكية فى التقنينات الجرمانية لاتنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها ، بل لابد فى نقلها من عقد آخر هو عقد انتقال الملكية . فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقارى ويعلنان اتفاقهما على نقل الملكية . ويسجلان هذا الاتفاق فى السجل العقارى . وعقد انتقال الملكية هذا عقد مجرد تنتقل به الملكية حتما . سواء كان العقد المنشئ للالتزام بنقلها صحيحاً أو معيباً . وإذا اتضح بعد ذلك أن العقد كان معيباً وأن الملكية انتقلت دون سبب . فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها هى دعوى الإثراء بلا سبب .

والطائفة الأخرى من التصرفات المجردة عقود منشئة للالتزامات . وتشمل : (أولا) حالات معينة بذواتها منصوصاً عليها . وهى — عدا الأوراق التجارية والسندات — حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصى والإنابة فى الوفاء . (ثانيا) التعهد المجرد بالوفاء (promesse abstraite de payer) ، والاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette) . وهما الصورتان

---

(١) فالسبب لا يزال إذن موجوداً فى القوانين الجرمانية . ولكنه سبب بالمعنى المفهوم فى النظرية التقليدية يراد به الغرض الموضوعى المباشر من التعاقد تمييزاً له عن الباعث ، ويشترط فيه أن يكون صحيحاً مشروعاً وإلا بطل العقد . أما الباعث فلا أثر له فى صحة العقد . ولو كان هو الذى دفع إلى التعاقد .

العامتان للتصرف المجرد ، فتضع التقنينات الجرمانية هنا قاعدة عامة للتصرف المجرد ، وتجيز أن يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون التزام المدين أو اعترافه بالدين مجردا ، فيوجد الالتزام في ذمته منفصلا عن السبب . ويقوم هذا الالتزام حتى لوكان السبب غير موجود أو غير مشروع [1] .

١٩٣ — التصرف المجرد فى القوانين اللاتينية وفى القانون المصرى : أما القوانين اللاتينية ، ومعها القانون المصرى ، وهى مشبعة بنظرية السبب ونظرية الإرادة الباطنة ، فلاتسلم بالتصرف المجرد كقاعدة عامة كما فعلت القوانين الجرمانية . ولكنها تقر هذا التصرف فى حالات معينة منصوص عليها بذواتها .

وقد نص التقنين التجارى — حيث تشتد الحاجة للالتزام المجرد لاستقرار التعامل وسرعته — على عدد منها . وهى الكمبيالات والسندات الإذنية والسندات لحاملها . أما القانون المدنى فقد أقر حالتين : التزام المناب فى الوفاء نحو المناب لديه . والتزام الكفيل نحو الدائن [2] .

المبحث الثالث

نظرية السبب فى التقنين المدنى المصرى الجديد

١٩٤ — مسائل ثلاث : اعتنق التقنين المدنى المصرى الجديد نظرية السبب

(١) وليس للمدين إلا دعوى الإثراء إزاء الدائن — لا إزاء الغير الذى قد ينتقل إليه الحق — إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنيا على سبب صحيح . فيتخلص بذلك من التزام موجود ، أو يسترد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام . واشترطت المادة ٧٨٠ من التقنين المدنى الألمانى لصحة الالتزام المجرد أن يكون فى ورقة مكتوبة ، إلا إذا كان تصفية لحساب أو عن صلح فلا تشترط الكتابة .

(٢) فقد نصت المادة ٣٦١ مدنى على أن « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ، ولوكان التزامه قبل المنيب باطلا أوكان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » . أما فى الكفالة ، فالكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التى للمدين أن يتمسك بها ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة مابين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التى له أن يتمسك بها ضد المدين .

الحديثة ، مقتفياً فى ذلك أثر الفقه والقضاء فى مصر فى عهد التقنين المدنى القديم . وزاد على ذلك أن فصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط وكانتا من قبل مختلطتين . فاقتصر فى شروط السبب على المشروعية دون الصحة . ثم عرض فى نص هام لإثبات السبب . فنستعرض هذه المسائل الثلاث : (١) اعتناق التقنين المدنى المصرى الجديد للنظرية الحديثة فى السبب . (٢) الفصل مابين منطقة السبب ومنطقة الغلط . (٣) إثبات السبب .

المطلب الأول

اعتناق التقنين المدنى المصرى الجديدة للنظرية الحديثة فى السبب

١٩٥ — السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد : نص التقنين المدنى المصرى الجديد فى المادة ١٣٦ منه على أنه « إذا لم يكن للالتزام سبب . أو كان سببه مخالفاً للنظام العام . كان العقد باطلا »[١] . ولم يصرح بالمعنى الذى يقصده من « السبب » . ولكن لاشك فى أنه يعتنق النظرية الحديثة . وينبذ النظرية التقليدية . فقد كان الفقه والقضاء فى مصر وقت صدور التقنين المدنى الجديد يأخذان بالنظرية الحديثة ، فسار التقنين الجديد فى هذا الطريق . ويقطع فى ذلك ماتصرح به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين الجديد إذ تقول : « يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى العصر الحاضر . فهو بهذه المثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة . لافرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات »[٢] .

فالسبب إذن . فى نظر التقنين الجديد ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد (cause impulsivo) . وليس مجرد الغرض المباشر (cause finals) . ولابد من أن يكون السبب . مفهوما بهذا المعنى . معلوما من المتعاقد الآخر . فإذا

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٧ (مطابق) — الليبى م ١٣٦ (مطابق ولكن فى دقة أتم إذ يقول : « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع ، كان العقد باطلا ») — العراقى م ١٣٢/١ (موافق) — اللبنانى م ١٩٥ — ١٩٨ (سبب الالتزام وهو السبب بالمعنى التقليدى) وم ٢٠٠ — ٢٠١ (سبب العقد وهو الباعث الدافع إلى التعاقد بالمعنى الحديث) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ .

كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس فى استطاعته أن يعلم به ، لم يعتد بهذا الباعث ، وكان العقد صحيحاً (١) .

وهذه النظرية الحديثة التى أخذ بها التقنين الجديد سبقه إليها ، كما قدمنا ، الفقه والقضاء فى مصر . ونعرض الآن لكل منهما .

١٩٦ — *الفقه فى مصر* : كان بعض الفقهاء فى مصر قد أخذ بالنظرية التقليدية فى السبب (٢) ، ولكن الفقه المصرى بوجه عام جاوز النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وهى نظرية القضاء الفرنسى (٣) .

على أن كثيراً من الفقهاء المصريين ، ممن كتبوا فى عهد التقنين المدنى الجديد ، قالوا بازدواج السبب . فاستبقوا النظرية التقليدية وجعلوا السبب فيها هو سبب الالتزام ، وأكملوها بالنظرية الحديثة وجعلوا السبب فيها هو سبب العقد (٤) .

---

(١) ويقوم العقد فى هذه الحالة ، لا على الإرادة الحقيقية فهى غير مشروعة ، ولكن على الإرادة الظاهرة . شأنه فى ذلك شأن العقد الذى يقوم على إرادة معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به ، وقد مر بنا ذلك .

(٢) عبد السلام ذهنى فى النظرية العامة فى الالتزامات ص ١٤٤ ومابعدها – محمد صالح فى أصول التعهدات ص ٢٦٤ ومابعدها – وانظر حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد ص ١٧٣ – ص ١٧٤ (ويقول بازدواج السبب ، فهناك سبب للالتزام وهو السبب بالمعنى التقليدى ، وسبب للعقد وهو السبب بالمعنى الحديث) .

(٣) والتون ١ ص ٦١ – ص ٦٣ – محمد وهيبة فى النظرية العامة فى الالتزامات فقرة ٣١٨ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٤٤ فقرة ٥٤٨ – محمد كامل مرسى فى الالتزامات ١ ص ٤٦٨ ، وص ٤٧٠ .

(٤) أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٢٣٣ – أنور سلطان فقرة ١٩٧ وفقرة ٢١٢ – عبد الحى حجازى ١ ص ١٦٠ – ص ١٦١ وص ١٦٧ (ويسمى السبب بالمعنى التقليدى «السبب الفنى » ، والسبب بالمعنى الحديث « السبب المصلحى ») – سليمان مرقس فقرة ١٦٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٤ وفقرة ٢٣١ وفقرة ٢٣٣ – فقرة ٢٣٥ .

والربط بين النظريتين التقليدية والحديثة هو ربط بين نظريتين يختلفان كل الاختلاف فى الأصل التاريخى وفى النزعة . فالنظرية التقليدية قد تسربت إلينا عن الفقهاء الرومانيين الذين أحيوا القانون الرومانى فى القرون الوسطى وهى تحمل أثر الصنعة الرومانية ، أما النظرية الحديثة فقد قال بها الفقهاء الكنسيون بانين إياها على أصول خلقية ودينية ومباعدين بها عن الصنعة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية .

وإذا كان بعض الفقهاء فى فرنسا يقول بازدواج السبب ، فإن هذا يرجع إلى أن المادة ١١٣١ =

١٩٧ — القضاء فى مصر : وقد اقتفى القضاء فى مصر القضاء فى فرنسا فى الأخذ بالنظرية الحديثة . فقضى القضاء الوطنى بأنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليلته هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بينهما كان العقد باطلا . أما إذا كان الباعث هو تعويض الخليلة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة بعد أن انقطعت فالباعث يكون مشروعا والتبرع يكون صحيحاً [1] وقضى بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث فى مرتبة واحدة مع السبب المباشر . وذلك فى حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث . ويعتبر الباعث فى هذه الحالة أمراً ملاحظاً فى التعاقد وبدونه لا يمكن أن يتم العقد [2] .

وقد كان القضاء المختلط أكثر إمعانا من القضاء الوطنى فى الأخذ بالنظرية الحديثة فى السبب . فقضى بأن بيع أسلحة محرم استيرادها إلى مصر يكون باطلا لعدم مشروعية السبب متى كان البائع عالما بهذا التحريم [3] . وبأن عقد القرض يكون باطلا إذا قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض عالما بهذا القصد [4] . وبأن التوكيل المعطى لسمسار لعقد صفقات بقصد

= مدنى فرنسى تذكر السبب . ولاشك فى أنها تقصد السبب بالمعنى الذى كان يقول به دوما وبوتييه أى بالمعنى التقليدى . فلم يسع هؤلاء الفقهاء إلا أن يستبقوا هذا المعنى للسبب . ثم عمدوا إلى القضاء . فاستخلصوا منه السبب بالمعنى الحديث . فأرضوا بذلك واجب الأمانة للتاريخ فى استبقائهم السبب بالمعنى التقليدى . وسايروا تقدم القضاء فى وضعهم إلى جانب السبب بالمعنى التقليدى السبب بالمعنى الحديث .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية ١٣ يونيه سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص٦ .

(٢) محكمة الزقازيق الكلية ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٩ ص ٧٢ — وانظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢١٦ ص ٢١٠ — ومع ذلك قارن نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٧٦ (يجوز تأويل الحكم بأن السبب الذى عنته المحكمة هو السبب المنشئ لعقد القرض) — محكمة استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٧ ص ٢٩٥ (يجوز تأويل الحكم بأن الباعث لم يكن معلوما من الطرف الآخر فلا يعتد به) . وقضت محكمة النقض بأن الخطبة هى السبب فى هدية « الشبكة » للمخطوبة باعتبارها الباعث الدافع للتبرع . وفسخ الخطبة لا يؤدى إلى انعدام السبب بعد أن تحقق (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣٥ ص ٩٦٧) .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦ .

(٤) استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤ — لكن إذا ثبت أن المقترض لم يستعمل القرض فعلا فى المقامرة . فإن الدليل على القصد غير المشروع لا يقوم ويكون عقد القرض صحيحاً (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٢٧٩ ص ٢٤٩) .

المضاربة فى البورصة عقد باطل لعدم مشروعية السبب[١] . وبأنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة ما بين الخليل وخليلته كان العقد باطلا ، أما إذا كان هو التعويض عما أصاب الخليلة من الضرر بسبب المعاشرة فالباعث مشروع والعقد صحيح[٢] .

المطلب الثانى

الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط فى التقنين المدنى الجديد

١٩٨ — إبعاد السبب غير الصحيح من منطقة السبب إلى منطقة الغلط : قدمنا عند الكلام فى نظرية الغلط[٣] أن التمييز بين السبب غير الصحيح والغلط فى الباعث كان مفهوماً وقت أن كانت النظرية التقليدية فى كل من الغلط والسبب قائمة . وكان يستخلص من ذلك أن الغلط فى السبب بالمعنى التقليدى يجعل العقد باطلا ، أما الغلط فى الباعث فلا يؤثر فى صحة العقد . ثم حلت النظرية الحديثة فى الغلط محل النظرية التقليدية . فأصبح الغلط فى الباعث يجعل العقد قابلا للإبطال . وبقى الفرق قائماً بين الغلط فى السبب بمعناه التقليدى إذ يجعل العقد باطلا وبين الغلط فى الباعث إذ جعل العقد قابلا للإبطال كما قدمنا . ثم حلت النظرية الحديثة فى السبب محل النظرية التقليدية فأصبح السبب هو عين الباعث . ولم يعد هناك محل للتمييز بين الغلط فى السبب بهذا المعنى الجديد وبين الغلط فى الباعث . فكلاهما غلط فى الباعث . ووجب إذن أن ندرك أن نظرية الغلط قد اتسعت دائرتها كما اتسعت دائرة نظرية السبب حتى تدخلت كل دائرة فى الأخرى . فأصبحت هناك منطقة مشتركة بين الدائرتين يتنازعها كل منهما . فإذا سميناها بالسبب غير الصحيح أو السبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلا . وإذا سميناها بالغلط فى الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلا للإبطال .

---

(١) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣ — ولكن قصد المضاربة يجب أن يكون معلوما من السمسار وإلا فلا يعتد به (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٠) .

(٢) محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة ٨ يونيه سنة ١٩١١ جازيت ١ رقم ٥٣٦ ص ١٧٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٢٦ فى الهامش .

وقد وقف التقنين المدنى الجديد موقفاً صريحاً من هذه المنطقة المشتركة ، واعتبر أن السبب غير الصحيح هو والغلط فى الباعث شىء واحد ، كلاهما غلط فى الباعث . وكلاهما يجعل العقد قابلا للإبطال . وبعد أن كانت هذه المنطقة المشتركة يتنازعها كل من السبب والغلط . استخلصها التقنين الجديد لدائرة الغلط . واختفى من نصوص السبب فى التقنين الجديد النص الخاص بالسبب غير الصحيح [1] .

١٩٩ — لا يوجد للسبب فى التقنين الجديد إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً : ومن ثم لانجد فى التقنين المدنى الجديد عبارة « السبب الصحيح » التى كنا نقرأها عادة فى التقنين المدنى القديم [2] . فلا يشترط إذن فى السبب إلا شرط واحد . هو أن يكون مشروعاً [3] .

وقد فهم القضاء ، فى مصر وفى فرنسا ، مهمة السبب على هذا الوجه ، فتراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع فى إبطال العقد . وقل أن تجد تطبيقاً قضائيا لما يدعى بالسبب غير الصحيح ، إذ هو يختلط فى العمل بالغلط . ويكفى للتثبت من ذلك استظهار ما أوردناه من أحكام القضاء المصرى والفرنسى فى السبب . لنراها جميعاً قد عرضت للسبب غير المشروع لا للسبب غير الصحيح .

---

(١) قارن سليمان مرقس فى نظرية العقد فقرة ١٦٤ ص ٢١١ — ص ٢١٢ . حيث يعتبر أن السبب غير الصحيح إذا كان موهوما يكون غير موجود . والظاهر أن السبب الموهوم — فى غير حالات انعدام المحل — هو سبب مغلوط لا سبب غير موجود .

(٢) وقد كانت المادة ٩٤/١٤٨ مدنى قديم تنص على ما يأتى : « يشترط لصحة التعهدات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا » .

(٣) وقد رأينا أن المادة ١٣٦ مدنى جديد تنص على ما يأتى : « إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا » . ويؤخذ على العبارة التى صدر بها النص « إذا لم يكن للالتزام سبب » أمران : (١) نسب السبب للالتزام ، وكان الأولى أن ينسب إلى العقد إذ هو متلازم مع الإرادة كما قدمنا . (٢) افترض النص احتمال أن يكون هناك التزام دون سبب ، وهذا الاحتمال لا يتصور مادمنا نجعل السبب هو الباعث ، فكل إرادة لابد أن يكون لها باعث .

وقد تجنب التقنين المدنى الليبى . كما رأينا ، هذين المأخذين ، إذ نصت المادة ١٣٦ من هذا التقنين على ما يأتى : « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع ، كان العقد باطلا » .

المطلب الثالث

إثبات السبب

٢٠٠ — فرضاند : تنص المادة ١٣٧ مدنى على ما يأتى : « ١ — كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ٢ — ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى ، حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . ٣ — فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت مايدعيه »[١] .

ويتبين من هذا النص أن هناك فرضين : (الأول) أن يكون السبب غير مذكور فى العقد . (الثانى) أن يكون هناك سبب ذكر فى العقد . ونستعرض كلا من الفرضين .

٢٠١ — السبب غير مذكور فى العقد : بموجب الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ مدنى سالفة الذكر ، تقوم قرينة قانونية على أنه بالرغم من عدم ذكر سبب فى العقد ، يوجد سبب مشروع ولولم يذكر . ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع ، فعليه أن يثبت ذلك . وله الإثبات بجميع الطرق ومنها البينةوالقرائن[٢] . وعليه أن يثبت أيضاً أن الدائن يعلم بهذا السبب غير المشروع . أوكان يستطيع العلم به ، ويثبت ذلك بجميع الطرق أيضاً .

٢٠٢ — السبب مذكور فى العقد : وإذا ذكر سبب فى العقد ، فالمفروض

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٨ (مطابق) — الليبى م ١٣٧ (مطابق) — العراقى م ١٣٢/٢ و ٣ (موافق) — اللبنانى م ١٩٩ (موافق) .

(٢) نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥١ ص ٢٨٤ — ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٢ ص ٥١٧ — ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٢ ص ٤٠٤ — ٨ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٢ ص ٧٥٢ .

وهناك فرق بين عقد غير مذكور سببه وعقد مجرد : الأول إذا أثبت المدين أن له سبباً غير مشروع يكون باطلا كما رأينا ، أما الثانى فلا يبطل ولكن يدفع بدعوى الإثراء بلا سبب وقد تقدم بيان ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٩١) .

أنه هو السبب الحقيقى[١] . فإذا ادعى المدين أنه ليس هو السبب الحقيقى ، بل هو سبب صورى يستر سبباً غير مشروع ، فله أن يتخذ أحد موقفين :

(١) فإما أن يقتصر على إثبات صورية السبب المذكور فى العقد ، وفى هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقى ومشروعيته إلى الدائن[٢] . ويجب إثبات صورية السبب بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات . أو إذا كان السبب الصورى مكتوباً ولو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات .

(٢) وإما أن يثبت رأساً السبب الحقيقى للعقد وأنه غير مشروع . وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن . مهما بلغت قيمة الالتزام ، ولو كان السبب الصورى مكتوباً ، لأن إخفاء عدم المشروعية غش والغش يجوز إثباته بجميع الطرق[٣] .

---

(١) والسبب هنا بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد (عبد الحى حجازى ١ ص ١٦٧) ، فقد يتوقع المتعاقدان احتمال الطعن فى العقد لعدم مشروعية السبب ، فيذكران السبب فى العقد صراحة حتى يواجها هذا الاحتمال ، وحتى يدلا بذلك على أن السبب مشروع (قارن سليمان مرقس فى نظرية العقد ص ٢١٣ هامش ١ — وقارن أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٢٣٤) .

(٢) نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ — ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٥ ص ٤٦٩ — ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢ — وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد فى سند الدين وذكر سبباً آخر مشروعاً على أنه السبب الحقيقى ، كان إقراره هذا غير قابل للتجزئة ، وكان الالتزام قائماً وصحيحاً ما لم يثبت المدين أن هذا السبب الأخير غير صحيح (نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٣ ص ١٥٠ — ٧ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٣ ص ٣٤ — وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩).

(٣) وقد قضى بأنه يجوز للمدين أن يثبت بجميع الطرق أن سبب السند هو الربا الفاحش (استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ — استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٤٨) . على أن مجرد الادعاء بوجود الربا الفاحش لا يكفى للترخيص فى إثباته ، إذ أنه لا يجوز قبول الإثبات بالبينة على ما يخالف المكتوب ما لم تدل الوقائع الثابتة فى الدعوى على أن هناك قرائن قوية تدل على وجود الربا الفاحش (استئناف وطنى ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ — استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣) . انظر أيضاً نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢ — ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٩١ ص ١٢١٤ .

الفرع الرابع

الجزاء : نظرية البطلان(*)

٢٠٣ – **نظرة عامة في البطلان** : بطلان العقد هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها . ولذلك كان منطقياً أن نتكلم في بطلان العقد على أثر الفراغ من الكلام في أركانه .

ونميز البطلان (nullité) عما يقاربه من النظم : عدم السريان (inopposabilité) والفسخ (résolution) . فالبطلان هو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير تبعاً لذلك . وقد يكون العقد صحيحاً ينتج أثره فيما بين المتعاقدين . ولكنه لا يسري في حق الغير . فالعقد الحقيقي في الصورية صحيح فيما بين المتعاقدين ولكن لا يحتج به على الغير . والعقد الذي أبرمه المدين المعسر إضراراً بحق دائنه صحيح فيما بين المتعاقدين ولكنه لا يسري في حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصية . والفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد . أما في الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها . فينشأ العقد صحيحاً . ثم لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه . فينفسخ العقد ويسقط التزام المتعاقد الآخر . ولذلك لا يكون الفسخ إلا في العقد الملزم للجانبين .

والنظرية التقليدية تقسم البطلان إلى مراتب ثلاث : الانعدام (inexistence) والبطلان المطلق (nullité absolue) والبطلان النسبي (nullité relative) .

(*) مراجع : بفنوار ص ٦٢٦ وما بعدها – بنكار ملحق بودري ٣ فقرة ١ وما بعدها – إهرنج أعماله المختارة ٢ ص ٣ وما بعدها – هيمار في بطلان الشركات والشركات الواقعية . الرسائل : دروجول (Drogoul) إكس سنة ١٩٠٢ – لوابيه (Loyer) رن سنة ١٩٠٨ – چاپيو (Japiot) ديجون سنة ١٩٠٩ – بيدليفر (Piedelièvre) باريس سنة ١٩١١ – جييار (Guyard) باريس سنة ١٩٢٠ – كافاليوتي (Cavaliotti) باريس سنة ١٩٢٣ – هلسنار (Hilsenard) باريس سنة ١٩٣٢ – لوتزسكو (Lutzesco) باريس سنة ١٩٣٨ . برتران (Bertrand) ليل سنة ١٩٣٩ – السندور (Alcindor) في بطلان القرارات الإدارية باريس سنة ١٩٢٣ – دي سوتو (De Sotto) في بطلان القرارات الإدارية باريس سنة ١٩٤٢ .

فالانعدام يكون حيث ينعدم ركن من أركان العقد : الرضا أو المحل أو السبب أو الشكل . فإذا وجدت كل الأركان ولكن ركنا اختل شرط من شروطه فالعقد باطل بطلانا مطلقاً . وذلك كما إذا كان المحل غير معين أو السبب غير مشروع . فإذا وجدت الأركان وتوافرت شروطها . ولكن الرضا صدر من غير ذى أهلية أوكان معيباً بغلط أوتدليس أو إكراه . فالعقد باطل بطلانا نسبياً . وكثرة الفقهاء تنعى على النظرية التقليدية تمييزها بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلانا مطلقاً . فكلاهما لا وجود له والأحكام واحدة فى الحالتين ، ولا يمكن القول إن العقد المنعدم أشد انعداما من العقد الباطل بطلانا مطلقاً إذ لا تفاوت فى العدم .

فالعقد إذن إما أن يكون باطلا مطلقاً (ويدخل فى ذلك العقد المنعدم) أو باطلا بطلانا نسبياً . أو كما يقول التقنين المدنى الجديد يكون العقد باطلا (nul) أو قابلا للإبطال (annulable) . ونقف عند هذا التقسيم الثنائى على أن نتولى تأصيله :

يرجع البطلان الذى يخضع للقواعد العامة[١] إلى اعتبارات موضوعية يمكن تلخيصها فى أن للعقد أركانا ثلاثة هى الرضاء والمحل والسبب . فإذا انعدم أى ركن منها فإن العقد لا يقوم طبيعة . ويكون باطلا . ومثل انعدام الركن اختلال شرطه . فالرضاء يشترط فيه التمييز وتطابق الإيجاب والقبول ، والمحل يشترط فيه الإمكان والتعيين والمشروعية . والسبب تشترط فيه المشروعية . فشرط التمييز والتطابق فى الرضاء . وشرط الإمكان والتعيين فى المحل . هى شروط طبيعية لا يقوم العقد بدونها . وشرط المشروعية فى كل من المحل والسبب هو شرط قانونى لا يقوم العقد أيضاً بدونه . فإذا اختل شرط من هذه الشروط الطبيعية أو القانونية . كان العقد باطلا . والبطلان تمليه طبيعة الأشياء فى

---

(١) ونترك جانباً البطلان الذى يرجع إلى عدم توافر الشكل . فالشكل من صنع القانون والقانون هو الذى يعين الجزاء الكافى فى حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة . وقد يسمح بإجازته كما فى الهبة الباطلة شكلا وكما فى الشركة التى لم تستوف الشكل المطلوب . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتج به فى فرض دون فرض كما فى شركات التضامن والتوصية . ونترك أيضاً البطلان الذى يخلقه نص القانون لاعتبارات خاصة . كبطلان بيع ملك الغير وبطلان تصرف السفيه قبل تسجيل قرار الحجر ، فهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص يتبع فى شأنه النص الذى يقرره .

الشروط الطبيعية أو يفرضه القانون حماية لمصلحة عامة فى الشروط القانونية. والعقد الباطل منعدم طبيعة أو شرعاً ، فلا ينتج أثراً ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا تصح إجازته ، ولا يرد عليه التقادم .

والركن الأساسى فى العقد ، وهو الرضاء ، قد يقوم مستوفياً لشروطه ، ولكن لا تتوافر له أسباب الصحة . فالرضاء ، كما رأينا يكون موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية وحتى لو صدر عن غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، ولكنه يكون رضاء معيباً غير صحيح . وفى هذه الحالة يقوم العقد مستوفياً أركانه ، فهو منعقد تترتب عليه آثاره . ويبقى أن المتعاقد الذى صدر منه رضاء مختل أو رضاء معيب ، يكون من حقه أن يحميه القانون إذا هو طلب هذه الحماية . فله وحده أن يطلب إبطال العقد . كما له أن يجيزه ، وإذا سكت سقط حقه فى إبطال العقد بالتقادم . ذلك أن هذا الحق فى إبطال العقد إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة ، بل لحماية مصلحة المتعاقد الخاصة .

ونتكلم فى مبحثين متعاقبين فى العقد الباطل وفى العقد القابل للإبطال .

المبحث الأول

العقد الباطل

٢٠٤ — مسائل ثلاث : العقد الباطل لا وجود له . ويترتب على انعدامه : (١) أنه لا ينتج أثراً . ومع ذلك ففى بعض الحالات الاستثنائية ينتج بعض الآثار . (٢) ولا يقبل الإجازة . ولا يرد عليه التقادم . (٣) ويتقرر بطلانه من تلقاء نفسه ، فليس هو فى حاجة إلى حكم لإبطاله . فنتكلم فى هذه المسائل الثلاث .

المطلب الأول

الآثار التى تترتب على العقد الباطل

٢٠٥ — الآثار العرضية والآثار الأصلية : العقد الباطل ليس تصرفاً

قانونيا (acte juridique) إذ هو كعقد لاوجود له . ولكنه واقعة مادية (fait matériel) . وكواقعة مادية يجوز أن ينتج أثراً ليس هو الأثر الأصلي الذي كان يترتب عليه لو أنه كان عقداً . بل هو أثر عرضي يترتب على الواقعة المادية ذاتها .

وقد يرتب القانون في بعض الحالات الاستثنائية على العقد الباطل آثاره الأصلية . لا باعتباره واقعة مادية . بل باعتباره عقداً فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء . ويرجع ذلك بوجه عام إلى حماية القانون لظاهر (apparence) إذا اصطحب بحسن النية . وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل. فالظاهر المستقر الذي اطمأنت إليه الناس في التعامل يبقى في حماية القانون حتى لو خالف الحقيقة . ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها . هذا الأصل الجوهري من أصول القانون . الذي تندرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية في مختلف تطبيقاتها . يمتد أيضاً ليشمل العقد الباطل فيترتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً . ومن الأمثلة على ذلك الشركة التجارية إذا قضى ببطلانها فإنها تصبح شركة واقعية (société de fait) وتنتج الآثار التي تنتجها الشركة الصحيحة . فيجني الشركاء الربح ويتحملون الخسارة ويقتسمون مال الشركة طبقاً للشروط التي اتفقوا عليها في العقدالباطل. ومثل ذلك أيضاً العقد الصوري . وهو عقد لاوجود له . ومع ذلك يقوم بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه . وكالعقد الصوري تصرفات الوارث الظاهر . فإنها تبقى رعاية لاستقرار التعامل .

أما الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل باعتباره واقعة مادية لاتصرفاً قانونيا . فمثلها الزواج غير الصحيح . فهو لاينتج في الشريعة الإسلامية آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث . ولكنه ينتج آثاراً عرضية كوجوب العدة ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطا وسقوط الحد . وهذه الآثار إنما تترتب على الزواج باعتباره واقعة مادية . فالعدة واجبة على أثر الاتصال الفعلي . والمهر بمثابة تعويض عن الدخول . والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء ورعاية للولد. وسقوط الحد للشبهة لالقيام الزوجية . وهناك من الإجراءات ما يكون باطلا ولكنه ينتج بعض الآثار . فصحيفة الدعوى الباطلة تقطع مع ذلك التقادم . والعطاء اللاحق في المزاد حتى لو كان باطلا يسقط العطاء السابق .

ومن أهم الآثار العرضية للعقد الباطل نظريتان معروفتان نستعرضهما فى إيجاز : (١) نظرية انتقاص العقد . (٢) ونظرية تحول العقد .

§ ١ – نظرية انتقاص العقد

(Réduction du contrat)

٢٠٦ – شرط انتقاص العقد : تنص المادة ١٤٣ مدنى على أنه « إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله »[١] . فيجب إذن ، لإمكان انتقاص العقد ، أن يكون العقد فى شق منه باطلا ، أو قابلا للإبطال على أن يتمسك المتعاقد ذو المصلحة بإبطال هذا الشق فيبطل . فلا يجوز إذن أن يكون كل العقد صحيحاً إذ لا محل للانتقاص فى هذه الحالة ، ولا أن يكون كله باطلا إذ لا يكون هناك مجال لانتقاص العقد بل لتحوله كما سنرى . مثل العقد الذى هو فى شق منه باطل قسمة أعيان بعضها مملوك وبعضها موقوف ، فتقع قسمة الموقوف باطلة وتبقى قسمة المملوك صحيحة . ومثل العقد الذى هو فى شق منه قابل للإبطال بيع ورد على أشياء متعددة وقع العاقد فى غلط جوهرى بشأن شىء منها ، فالعقد يكون فى شق منه قابلا للإبطال وهو الشق الخاص بالشىء الذى وقع فيه الغلط ، ويبقى فى شق منه صحيحاً .

٢٠٧ – أثر انتقاص العقد : فإذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، فينتقص العقد على هذا النحو ويبقى قائماً فى شقه الصحيح وحده . وهذا ما لم يثبت ذو المصلحة من المتعاقدين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فيبطل العقد كله . ففى قسمة المملوك والموقوف ، تبطل القسمة فى الموقوف دون المملوك وينتقص العقد ، ما لم يثبت أحد المتقاسمين أن القسمة ما كانت لتتم فى المملوك وحده ، فعندئذ تبطل القسمة فى الموقوف والمملوك معاً .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٤ (مطابق) – الليبى م ١٤٣ (مطابق) – العراقى م ١٣٩ (مطابق) – اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

ويتبين من ذلك أن وجود شرط باطل فى وصية ، يكون من شأنه أن يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف أو يبطل وحده إذا لم يكن هو الدافع . يدخل فى نطاق قاعدة انتقاص العقد . ويدخل فى نطاق هذه القاعدة أيضاً مايشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدد على أن ينقص مايزيد على هذا الرقم . كعقد بقاء فى الشيوع اتفق على أن تكون مدته أكثر من خمس سنوات فتنقص إلى خمس . أو عقد قرض بفوائد تزيد على ٧ ٪ فتنقص الفوائد إلى ٧ ٪ .

§ ٢ – نظرية تحول العقد(*)

(Conversion du contrat)

٢٠٨ — شروط تحويل العقد : تنص المادة ١٤٤ مدنى على أنه « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر . فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد »[١]. وتتلخص نظرية تحول العقد — وهى نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان فى القرن التاسع عشر . وأخذ بها التقنين المدنى الألمانى فى نص صريح هو المادة ١٤٠ منه — فى أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر ، فيتحول التصرف الباطل إلى التصرف الذى توافرت عناصره . وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً . مثل ذلك كمبيالة لم تستوف الشكل الواجب . فتتحول من كمبيالة باطلة إلى سند عادى صحيح . ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك شروطاً ثلاثة لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح : (١) بطلان التصرف الأصلى . (٢) وتضمنه لعناصر تصرف آخر . (٣) وانصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الآخر .

(*) مراجع : سالى (Saleilles) فى إعلان الإرادة م ١٤٠ فقرة ١ — فقرة ٢٣ — جابيو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ ص ٦٧٢ وما بعدها — بيران (Perrin) رسالة من ديجون سنة ١٩١١ — بيدليفر (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ ص ١١٦ وما بعدها — أحمد يسرى رسالة من هيدلبرج (بألمانيا) القاهرة سنة ١٩٥٨ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٥ (مطابق) — الليبى م ١٤٤ (مطابق) — العراقى م ١٤٠ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل .

٢٠٩ — تصرف أصلي باطل : فيجب أولا أن يوجد تصرف أصلى باطل . أو قابل للإبطال بشرط أن يبطل فعلا فيؤول إلى تصرف باطل كما قدمنا فى انتقاص العقد . فلو أن التصرف الأصلى كان صحيحاً ، فإنه لايتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول . حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر . مثل ذلك هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية . ويتبين أن كلا من المتعاقدين كان يفضل الوصية على الهبة ، فلا تتحول الهبة إلى وصية فى هذه الحالة ، لأن الهبة وقعت صحيحة ولايتحول إلا التصرف الباطل . ويجب أن يكون التصرف الأصلى باطلا بأكمله . فلو كان باطلا فى شق منه فقط كان هناك محل لانتقاص العقد لالتحوله . وقد يكون هناك محل لتحول الشق الباطل وحده . أو لتحول العقد كله إذا أبطل لعدم قابليته للتجزئة على النحو الذى قدمناه فى انتقاص العقد .

٢١٠ — توافر عناصر تصرف آخر : ويجب ثانيا أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذى يتحول إليه . دون أن يضاف إلى هذا التصرف الآخر عنصر جديد . فإذا باع شخص أرضاً من آخر . وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع . فلايتحول العقد إلى بيع يقع على منزل مملوك للبائع ، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما أن البائع لايملك الأرض[1] .

---

(١) ومن ثم لايعد تحولا ما نصت عليه المادة ١٢٠ مدنى وقد تقدم ذكرها (انظر آنفاً فقرة ١٣٢) ، فإذا ظل الشخص الذى اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشىء الأثرى الذى قصد شراءه . فذلك ليس تحولا للعقد لأن البيع الثانى أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجوداً فى البيع الأول وهو الشىء الأثرى . وإنما يكون ذلك تصحيحاً للعقد .

ويجب التمييز فى هذه المناسبة ما بين تصحيح العقد وتحوله وإجازته . فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدى قانونا إلى جعله صحيحاً ، كما فى المثل المتقدم . أما تحول العقد فهو ، كما رأينا ، استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أى عنصر جديد . بل تبقى عناصر العقد القديم كما هى وإنما تكيف تكييفاً قانونيا غير التكييف الأول . وعدم إدخال أى عنصر جديد هو الذى يميز التحول من التصحيح . وأما إجازة العقد فهى استبقاء العقد القابل للإبطال بعناصره كما هى ، وفى هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح ، مع احتفاظه بعد إجازته بتكييفه القانونى الأصلى دون أن يكيف تكييفاً جديداً ، وفى هذا تتفق الإجازة مع التصحيح وتختلف عن التحول .

٢١١ — انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر : ويجب أخيراً أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذى تحول إليه التصرف الأصلى . وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية ، بل معناه أنهما كانا يريدانه لو أنهما علما بأن التصرف الأصلى باطل ، فإرادتهما الواقعية انصرفت إلى التصرف الأصلى، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر . ومن هنا نرى أن القاضى قد استخلص من التصرف الباطل — باعتباره واقعة مادية— عناصر تصرف صحيح انصرفت إليه الإرادة المحتملة للمتعاقدين ، فأقام هذا التصرف الصحيح مقام التصرف الباطل ، وجعل ذلك أثراً عرضياً لهذا .

المطلب الثانى

الإجازة والتقادم

٢١٢ — العقد الباطل لا تلحقه الإجازة : العقد الباطل لاوجود له منذ البداية . فلايتصور أن تلحقه الإجازة . لأنه معدوم والعدم لايصير وجوداً ولو أجيز .

وإذا كان العقد الباطل لاتلحقه الإجازة . فإن هذا لا يمنع من أن يعاد عمله من جديد . والفرق بين الإجازة وعمل العقد من جديد أن الإجازة تصرف قانونى صادر من جانب واحد هو المجيز . ولها أثر رجعى يستند إلى وقت نشوء العقد . أما عمل العقد من جديد فيقتضى توافق الإرادتين لأنه عقد جديد ، ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل فليس هناك أثر رجعى . ولذلك يجب توافر الأهلية فى كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد . ويكتفى بتوافرها فى المجيز وقت الإجازة .

٢١٣ — دعوى البطلان تتقادم ولكن الدفع بالبطلان لا يتقادم : كان المنطق يقضى بأن البطلان المطلق لايزول بالتقادم ، لأن العقد الباطل معدوم . والعدم لاينقلب وجوداً مهما طال عليه الأمد . ولكن التقنين المدنى

الجديد ، تمشياً مع محكمة النقض الفرنسية وبعض الفقهاء الفرنسيين[(١)] ، قرر أن دعوى البطلان المطلق تسقط بالتقادم ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ١٤١ منه على ما يأتى : « وتسقط بالتقادم دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد »[(٢)] . فإذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة ، ثم رفع ذو مصلحة دعوى بالبطلان ، أمكن دفعها بالتقادم ، لأن أوضاعا قد استقرت دهراً طويلا فوجب احترامها . ولكن هذا لايعنى أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً فهو لايزال باطلا ، ولكن الدعوى ببطلانه – كسائر الدعاوى – لا تسمع لسقوطها بالتقادم .

ولأن العقد الباطل لاينقلب صحيحاً بالتقادم ، بل يبقى كما كان معدوما ، فالدفع ببطلان هذا العقد لايسقط بالتقادم مهما طالت المدة[(٣)] . فإذا باع شخص أرضاً وكان البيع باطلا ، ولم يسلم الأرض للمشترى ، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فالبائع لايستطيع أن يرفع دعوى بطلان البيع لسقوطها بالتقادم . ولكن مادامت الأرض فى يده ولم يسلمها للمشترى ، فهو فى غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان . وإذا رفع المشترى دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض ، استطاع البائع أن يرفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، لأن الدفع بالبطلان لايسقط بالتقادم[(٤)] .

---

(١) نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٩ داللوز ١٨٨٠ – ١ – ١٤٥ – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣١٠ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٢/٢ (مطابق) – الليبى م ١٤١/٢ (مطابق) – العراقى لا مقابل – اللبنانى لا مقابل .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة ، إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبدا ، ذلك أن العقد الباطل يظل معدوماً فلاينقلب مع الزمن صحيحاً ، وإنما تتقادم الدعوى به فلاتسمع بعد مضى المدة الطويلة . أما إثارة البطلان ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم ، لأنه دفع والدفوع لا تتقادم (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤١ ص ٤٠٤) .

(٤) وحتى إذا سلم البائع الأرض للمشترى ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشترى ، لا بدعوى بطلان البيع فقد سقطت هذه الدعوى بالتقادم ، ولكن بدعوى الاستحقاق وهى لا تسقط أبداً . فإذا تمسك المشترى فى دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل ، دفع البائع ببطلان البيع والدفع بالبطلان لايسقط بالتقادم . فيستطيع البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض ، مالم يكن المشترى قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب ، وهذا شىء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان . ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذى أثر كبير ، فهو لا يمنع البائع من استبقاء المبيع إذا كان لم يسلمه ، ولا من استرداده إذا كان قد سلمه .

المطلب الثالث

تقرير البطلان

٢١٤ – من الذى يتمسك بالبطلان : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤١ مدنى على أنه «إذا كان العقد باطلا ، جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان . وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ولا يزول البطلان بالإجازة »[١] . فالذى يستطيع أن يتمسك بالبطلان دعوى أو دفعاً[٢] . هو كل شخص له مصلحة فى ذلك . والمصلحة هنا يراد بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه . فمجرد المصلحة دون قيام الحق لا يكفى . فلا يجوز أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره ، بحجة أن له مصلحة فى التخلص من جوار المشترى الجديد ، ولا لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له . ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد ، جاز له التمسك بالبطلان . فيكون صاحب المصلحة على هذا النحو هو كل من المتعاقدين وخلفهما العام وخلفهما الخاص والدائنون . فى البيع الباطل يستطيع كل من البائع والمشترى أن يتمسك بالبطلان ، البائع حتى يسترد المبيع والمشترى حتى يسترد الثمن . وورثة كل من البائع والمشترى لهم أيضاً أن يتمسكوا بالبطلان ، لرد المبيع أو الثمن إلى التركة . وكذلك كل شخص رتب له البائع أو المشترى حقاً عينياً أو حقاً شخصياً بالنسبة إلى العين المبيعة . فالمرتهن من البائع يطلب البطلان حتى يسلم له حق الرهن ، والمرتهن من المشترى حتى يسترد الدين بسبب بطلان رهنه . ومستأجر العين المبيعة من البائع حتى يبقى فى العين ولو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ ، ومستأجرها من المشترى حتى يسترد الأجرة . ودائنو كل

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٢ / ١ (مطابق) – الليبى ١٤١ / ١ (مطابق) – العراقى م ١٤١ (مطابق) – اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) ويجوز إبداء الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى . كما يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٣ ص ٥٠١ – استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٥ : وكان الدفع دفعاً بالإبطال للغلط وهو فى هذا مثل الدفع بالبطلان المطلق) .

من البائع والمشترى لهم أن يتمسكوا بالبطلان . لابطريق الدعوى غير المباشرة فحسب بل أيضاً بطريق مباشر . وذلك ليستردوا المبيع أوالثمن فينفذوا عليه بحقوقهم .

بل للمحكمة أيضاً أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها . دون أن يطلب أحد منها ذلك . لأن العقد الباطل ليس له وجود قانونى . والقاضى لايستطيع إلا أن يقرر ذلك .

٢١٥ — كيف يتقرر البطلان : لما كان العقد الباطل ليس له وجود قانونى . فلاحاجة إذن لصدور حكم بإبطاله . إذ لاضرورة للحكم بالعدم على معدوم . فلوكان العقد الباطل بيعاً . كان للبائع . دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع . أن يتصرف فى المبيع فهو لايزال فى ملكه . وإذا رفع المشترى فى هذا المثل دعوى يطالب فيها بالمبيع . أمكن البائع أوخلفه الخاص أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع . ومن ثم فالذى يتمسك بالبطلان فى العقد الباطل يفعل ذلك فى أكثر الأحوال عن طريق الدفع . لاعن طريق الدعوى .

ولكن قد تقضى الضرورة العملية بأن يعمد المتمسك ببطلان عقد إلى رفع دعوى البطلان . كما إذا كان البائع فى بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشترى وأراد أن يسترده . فهو بين أن يرفع دعوى البطلان فى مدى خمس عشرة سنة أو يرفع دعوى الاستحقاق فى أى وقت . كذلك قد يضطر المتعاقد إلى رفع دعوى البطلان إذا كان وجه البطلان فيه خفاء ويرجع إلى تقدير القاضى . كما إذا كان سببه مخالفة النظام العام أو الآداب . ففى هذه الحالة يرفع المتعاقد دعوى البطلان حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة . والحكم الذى يصدر فى دعوى البطلان لايبطل العقد الباطل . بل يقتصر على الكشف عند بطلانه .

٢١٦ — أثر تقرير البطلان : تنص المادة ١٤٢ مدنى على مايأتى :
« ١ — فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقد إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل . ٢ — ومع ذلك لايلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته . أن يرد غير ماعاد عليه

من منفعة بسبب تنفيذ العقد »[١] . ويتبين من ذلك أن العقد الباطل — ومثله العقد القابل للإبطال إذا أبطل — يعتبر كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير .

ففيما بين المتعاقدين لا أثر للعقد الباطل . فإذا كان العقد بيعاً وتقرر بطلانه ، رد المشترى المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشترى . ويرد المشترى المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية . وفي مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذى يرده إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك . فإذا أصبح الاسترداد مستحيلا ، بأن هلك المبيع مثلا فى يد المشترى وبخطأ منه ، حكم القاضى بتعويض معادل . فألزم المشترى برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية لا على أساس العقد الباطل . وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق[٢] . وإذا كان البطلان آتياً من عدم المشروعية ، فقد كانت هناك قاعدة رومانية قديمة لا تقر هذه الأحكام ، فإذا سلم أحد المتعاقدين للآخر شيئاً تنفيذاً لعقد غير مشروع ، لم يكن له أن يسترد ما سلم ، إلا إذا كان عدم المشروعية غير آت من جهته . فمن أعطى آخر مالا

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٣ (مطابق) — الليبى م ١٤٢ (مطابق) — العراقى ١٣٨ (موافق) اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) أما إذا هلك المبيع فى يد المشترى بسبب أجنبى . فلما كان البائع إنما يرجع على المشترى طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمنا ، كان الواجب فى هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام . وهى تقضى — كما سنرى عند الكلام فى دفع غير المستحق — بأن المشترى إذا كان حسن النية . أى يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، لم يكن مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، وللبائع فى جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف فى الصورة التى آل إليها بعد التلف ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف . أما إذا كان المشترى سيء النية . أى يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له ، فإنه يلتزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يعفيه من هذه المسئولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو بقى فى يد البائع (الوسيط للمؤلف جزء أول طبعة أولى ص ٥٣٤ هامش ٢ — أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٢٥٦ — سليمان مرقس فى نظرية العقد فقرة ٢٣٥ — أنور سلطان فى مصادر الالتزام فقرة ٢٢٩) . وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا هلك المبيع فى يد المشترى بسبب أجنبى ، فتطبيقاً لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ يجوز للبائع أن يحبس الثمن فى يده . ولما كان الشيء قد هلك ولم يعد المشترى قادراً على رده . فإنه لا يستطيع كذلك أن يسترد الثمن . وهذا هو الذى أشرنا إليه فى مؤلفنا فى نظرية العقد ص ٦٥٣ هامش ١ — وانظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٨٧٦ — عبد الحى حجازى ٢ ص ٣٣٢ — عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٩٦ .

ليرد له ما سرقه منه . يستطيع أن يسترد المال لأن عدم المشروعية غير آت من جهته . أما فى الرشوة والاتصال الجنسى غير المشروع والمقامرة وما إلى ذلك ، فمن أعطى المال لايستطيع أن يسترده . لأن عدم المشروعية آت من جهته أو هو شريك فيه ، فهو طرف ملوث لايستطيع أن يحتج بغش صدر من جانبه (Nemo auditur propriam turpitudenem allegans) . وقد كان الفقه والقضاء فى فرنسا يحترمان هذه القاعدة . ثم تحول عنها الفقه إذ لم يرد فيها نص ، وقصرها القضاء على العقود المخالفة للآداب . ولايزال القضاء المصرى يحترم القاعدة . ولم يخرج عليها إلا فى أحكام قليلة[1] . وهذه القاعدة معيبة . ومنطق البطلان يقضى بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال ، حتى لايترتب أثر على العقد الباطل. وإذا كان الرومان يأبون الاسترداد على من كان ملوثاً من الطرفين . فذلك يرجع إلى خاصية فى القانون الرومانى قد زالت . وذلك أن العقد فى هذا القانون كان يستمد قوته الملزمة من شكليته ، فإذا أعطى العاقد الذى سلم الشيء حق استرداده فلم يكن ذلك لأن العقد الشكلى غير ملزم . بل كان عن طريق إعطاء العاقد دعوى خاصة (condictio ob turpem causam) من العدل أن تنكر على من كان ملوثاً من الطرفين إذ لايصبح جديراً بها . أما الآن فالوضع القانونى قد تغير . وأصبح العقد غير المشروع ليست له قوة ملزمة حتى بالنسبة إلى الطرف الملوث . والوجه العملى للمسألة كوجهها المنطقى ، يقضى هو أيضاً بأن يكون الاسترداد جائزا فى كل الأحوال . فمادام الغرض محاربة العقود غير المشروعة ، فلن يكون ذلك بمنع الطرف الملوث من استرداد ما سلمه لطرف ملوث مثله ، إذ يكون بقاء المال فى يد هذا الطرف الآخر — كالموظف يستبقى الرشوة والمأجور على جريمة يستبقى الأجر — أبلغ فى التشجيع على الفساد من سلبه إياه . وما على المجرمين إذن إلا أن يتعاملوا نقداً حتى يأمنوا غائلة القانون ! لذلك أحسن التقنين المدنى الجديد صنعاً فى إغفاله نصاً يقرر القاعدة كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه ، وقد حذف هذا النص فى المشروع النهائى .

ولايقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين . بل يجاوزها إلى

---

(١) من ذلك مصر الكلية الوطنية ٥ يونيه سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٣/٨٥ ص ٢٢٤ — العطارين الجزئية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٠٧ ص ٦٠٣ .

الغير . فإذا رتب المشترى على العين التى اشتراها بعقد باطل حقاً عينياً رهناً أو حق ارتفاق مثلا . ثم تقرر بطلان البيع . فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التى رتبها المشترى . كذلك لو باع المشترى العين من آخر . فإن البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشترى الثانى . على أن الغير الذى كسب حقاً قبل تسجيل دعوى البطلان يبقى حقه سارياً فى حق البائع . إذا كان هذا الغير حسن النية .

المبحث الثانى

العقد القابل للإبطال

٢١٧ — مسائل ثلاث : نتكلم هنا . كما تكلمنا فى العقد الباطل . فى نفس المسائل الثلاث : (١) الآثار التى تترتب على العقد القابل للإبطال . (٢) الإجازة والتقادم . (٣) تقرير الإبطال .

المطلب الأول

الآثار التى تترتب على العقد القابل للإبطال

٢١٨ — الآثار الأصلية : العقد القابل للإبطال . بخلاف العقد الباطل . عقد له وجود قانونى . وينتج جميع آثاره القانونية الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً . فإذا كان العقد القابل للإبطال بيعاً شاب إرادة البائع فيه غلط . فإن البيع ينتج جميع آثاره . فتنتقل الملكية للمشترى . ويطالب البائع بالثمن . وهذا حتى يتمسك البائع بإبطال البيع . فإذا ما أبطل زالت جميع هذه الآثار القانونية بأثر رجعى كما سنرى .

فالقاعدة إذن أن العقد القابل للإبطال ينتج جميع آثاره الأصلية حتى يتقرر إبطاله .

٢١٩ — الآثار العرضية : فإذا ما أبطل العقد . زالت هذه الآثار الأصلية كما قدمنا ويكون زوالها بأثر رجعى فتعتبر كأن لم تكن . ويصبح

العقد الذى أبطل فى حكم العقد الباطل . ومن ثم ينتج جميع الآثار العرضية التى ينتجها العقد الباطل باعتباره واقعة مادية ، وقد سبق بيانها تفصيلا . ومن ذلك انتقاص العقد القابل للإبطال إذا أبطل الشق القابل للإبطال ، ومن ذلك أيضاً تحول العقد القابل للإبطال إلى تصرف آخر صحيح تجمعت عناصره فى العقد القابل للإبطال . وكل ما قررناه فى انتقاص العقد الباطل وتحوله يصدق على انتقاص العقد القابل للإبطال وتحوله .

المطلب الثانى

الإجازة والتقادم

٢٢٠ — العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة ويرد عليه التقادم : قدمنا أن العقد الباطل لا وجود له منذ البداية . فلا يتصور أن تلحقه الإجازة أو أن يتقادم الدفع ببطلانه . أما العقد القابل للإبطال فهو فى مرحلته الأولى ، كما رأينا ، يرتب جميع آثاره كالعقد الصحيح . وإنما يكون لأحد المتعاقدين الحق فى طلب إبطاله . ويزول هذا الحق بالنزول عنه وهذه هى الإجازة ، أو بانقضاء مدة معينة دون أن يستعمل وهذا هو التقادم .

فالعقد القابل للإبطال إذن ، خلافاً للعقد الباطل ، تلحقه الإجازة ويرد عليه التقادم .

٢٢١ — إجازة العقد القابل للإبطال : تنص المادة ١٣٩ مدنى على أنه « ١ — يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية . ٢ — وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير »[١] . فالإجازة تلحق العقد القابل للإبطال لأن له وجوداً قانونياً ما دام بطلانه لم يتقرر . وإذا كان هذا الوجود مهدداً بالزوال فإن الإجازة إذا لحقته استقر[٢] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٠ (مطابق) — الليبى م ١٣٩ (مطابق) — العراقى م ١٣٦/١ (موافق) — اللبنانى م ٢٣٦ — ٢٣٧ (موافق) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الإجازة ليست منشئة للحق ، بل هى إزالة المانع الذى منع من نفاذ التصرف (نقض مدنى ٧ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٥ ص١٢٦)— وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣١ ص ١٦٢ .

والإجازة تصرف قانوني صادر من جانب واحد ، فلاحاجة إلى اقتران قبول بها ولا يمكن الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر[١] . والذى يجيز العقد هو الذى يثبت له الحق فى التمسك ببطلانه ، فناقص الأهلية ومن شاب رضاءه عيب هما اللذان تصدر منهما الإجازة . ويجب فى المجيز وقت الإجازة أن يكون كامل الأهلية بالنسبة إلى العقد الذى يجيزه [٢] ، وألا تشوب الإجازة نفسها عيب من عيوب الإرادة . فلاتصح الإجازة إذن إلا بعد زوال السبب لقابلية العقد للإبطال . أى بعد استكمال الأهلية[٣] أوبعد انكشاف الغلط أوافتضاح التدليس أو ارتفاع الإكراه [٤] .

وإذا أجيز العقد على النحو المتقدم ، انقلب صحيحاً على وجه بات من وقت صدوره لا من وقت الإجازة فحسب ، لأن للإجازة أثراً رجعياً [٥] . ولكن هذا الأثر الرجعى يكون فيما بين المتعاقدين دون الغير ، فلو أن قاصراً باع عيناً وبعد بلوغه سن الرشد رهنها ثم أجاز البيع ، فإن الإجازة لاتضر الدائن

---

(١) فالإجازة تحدث أثرها بمجرد صدورها ، ولا حاجة لوصولها إلى علم المتعاقد الآخر ، فهى من التعبيرات غير واجبة التسليم (عبد الحى حجازى فى مصادر الالتزام ص ٣٢١) . وتكون الإجازة صريحة أوضمنية ، ولا يشترط فى الإجازة الصريحة أن تشتمل على بيانات معينة ، بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح بشرط أن تكون نية المجيز فى الإجازة واضحة . والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق فى التمسك بالبطلان ، أو بإتيانه عملا ماديا يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٥ ص ٣٦٢) ، أو بتصرفه تصرفا يفهم منه أنه أجاز العقد . وعبء إثبات الإجازة يقع على الطرف الآخر غير المجيز (نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣) .

(٢) نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٥ ص ٢٨٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان القاصر بعد أن بلغ سن الرشد قدم مذكرة تتضمن موافقته على الحكم الابتدائى القاضى برد الدين المبيعة وفاء إليه وإلى باقى الورثة ويطلب تأييده ، فإنه يكون غير منتج التمسك بأن الوصى قد طلب الاسترداد باسم القاصر وهو لا يملك هذا الحق ، إذ فى موافقة القاصر على الحكم إجازة لعمل الوصى (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) .

(٤) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣ .

(٥) والمقصود بالأثر الرجعى للإجازة أن العقد يعتبر قد نشأ صحيحاً ، لا قابلا للإبطال ، منذ البداية .

المرتهن وتنتقل العين إلى المشترى مثقلة بحق الرهن(١) .

٢٢٢ – دعوى الإبطال والدفع به يسقطان بالتقادم : تنص المادة ١٤٠ مدنى على أنه « ١ – يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ٢ – ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب . وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه . وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفى كل حالة لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد » (٢). فالحق فى إبطال العقد يسقط بالتقادم بمضى ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة بحسب الأحوال . فإذا انقضت هذه المدة دون أن يتمسك المتعاقد بإبطال العقد ، انقلب العقد صحيحاً ، **ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع . وهكذا يستقر الوجود القانونى للعقد بعد أن كان مهدداً بالزوال . ويصبح العقد فى حكم المجاز يثبت وجوده منذ صدوره ، إذ للتقادم أثر رجعى كما للإجازة(٣) .**

(١) محمد كامل مرسى فى الالتزامات ١ فقرة ٢٨١ ص ٥٤٣ – أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٢٦٥ – عبد الحى حجازى ٢ ص ٣١٩ – ص ٣٢٠ – أنور سلطان فى مصادر الالتزام فقرة ٢٣٩ – وانظر مناقشات لجنة مجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٤٣ – وهناك رأى يذهب إلى أن البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يتقرر بطلانه . ولذلك تنتقل الملكية إلى المشترى وتبقى له مادامت دعوى الإبطال لم ترفع ، ويكون الرهن الصادر من القاصر بعد بلوغ سن الرشد صادراً من غير مالك ، فلايسرى فى حق المالك وهو المشترى ، وبعد إجازة البيع تنتقل العين نهائياً إلى المشترى خالية من الرهن (پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٨٧٢ – سليمان مرقس فى نظرية العقد ص ٣١٥ – ص ٣١٦ – عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٨٨) . ويمكن الرد على هذا الرأى الأخير بأن القاصر ، عندما قرر رهناً بعد بلوغه سن الرشد . نقل إلى خلفه الخاص وهو الدائن المرتهن حق التمسك بإبطال البيع الأول ، وهو حق مكمل للرهن الذى تلقاه هذا منه فينتقل معه وفقاً للقواعد المقررة فى انصراف أثر العقد للخلف الخاص . فلم يعد البائع بعد ذلك يستطيع أن يجيز العقد الأول إضراراً بالخلف الخاص ، بعد أن انتقل إلى هذا الخلف حق التمسك بإبطال هذا العقد فيما يتعارض مع قيام الرهن .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤١ (مدة التقادم سنة واحدة) – الليبى م ١٤٠ (مطابق) – العراقى م ١٣٦/٢و٣ (العقد موقوف وينفذ إذا لم ينقضه المتعاقد فى مدة ثلاثة أشهر) – اللبنانى م ٢٣٥ (مدة التقادم عشر سنوات) .

(٣) وإذا كانت دعوى البطلان فى العقد الباطل تتقادم هى أيضاً كما قدمنا ، فهناك فرق جوهرى بين هذا التقادم وتقادم دعوى الإبطال . ذلك أن تقادم دعوى البطلان لا يقلب العقد صحيحاً بل يبقى العقد باطلا ودعوى البطلان وحدها هى التى لا يجوز سماعها لتقادمها ، أما تقادم دعوى الإبطال فيقلب العقد صحيحاً كما رأينا . ويبقى العقد مرتباً لجميع آثاره على وجه بات .

ومدة التقادم ثلاث سنوات يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته أو من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت انقطاع الإكراه بحسب الأحوال . فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة بأن لم ينكشف الغلط مثلا إلا بعد أربع عشرة سنة . فإن الحق في إبطال العقد يتقادم في هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط . لأن المدة الأولى ومقدارها سنة واحدة منذ انكشاف الغلط هي الأقصر . فالتقادم إذن يكون بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من وقت زوال عيب الإرادة أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . أما إذا كان سبب الإبطال هو نقص الأهلية . فلا يكون التقادم إلا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت استكمال الأهلية . حتى لو انقضى أكثر من خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد بأن كان القاصر مثلا وقت صدور العقد سنه سبع سنوات .

المطلب الثالث

تقرير الإبطال

٢٢٣ – من الذى يتمسك بالإبطال : تنص المادة ١٣٨ مدنى على أنه « إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد . فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق[١] » . ذلك أن العقد القابل للإبطال لم تتقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة أحد المتعاقدين . فهذا المتعاقد وحده دون المتعاقد الآخر هو الذى يجوز له أن يتمسك بإبطال العقد . فإذا كان السبب هو نقص الأهلية . فناقص الأهلية وحده هو الذى يتمسك بالإبطال[٢] . وإذا كان السبب عيباً

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٩ (مطابق) – الليبى م ١٣٨ (مطابق) – العراقى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) – اللبنانى م ٢٣٠ (موافق) .

(٢) وقد نصت المادة ١١٩ مدنى على أنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته » . ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢٠ (مطابق) – الليبى م ١١٩ (مطابق) – العراقى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) – اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

=

فى الإرادة . فمن شاب إرادته العيب هو الذى يتمسك بالإبطال . ولا يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد الخلف الخاص[١] ، ولا الدائنون بموجب حق مباشر ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للمتعاقد فيستعملون حقه فى طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة . كذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضى بإبطال العقد من تلقاء نفسها ، إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة .

ولا يجوز التمسك بالإبطال ، دعوى أو دفعاً ، إذا نقضت مدة التقادم وهى ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة بحسب الأحوال . ويجوز إبداء الدفع بإبطال العقد ، ما دام لم يتقادم ، فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف[٢] .

٢٢٤ — كيف يتقرر الإبطال : العقد القابل للإبطال له وجود قانونى إلى أن يتقرر إبطاله كما قدمنا . ومن ثم لا بد فى تقرير الإبطال من التقاضى أو التراضى . فإذا لم يتم الاتفاق على إبطال العقد ، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى الإبطال ويحصل على حكم بذلك . وحكم القاضى هو الذى يبطل العقد ، أى ينشئ البطلان ، ولا يقتصر على الكشف عنه كما فى العقد الباطل[٣] .

= ومسئولية ناقص الأهلية عن التعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته هى مسئوليته التقصيرية . وسنرى أن ناقص الأهلية — ويتوافر فيه التمييز — تكون مسئوليته التقصيرية كاملة .

(١) أما الخلف العام فيؤول إليه من سلفه الحق فى التمسك بالإبطال . وقد قضت محكمة النقض بأن للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه فى كل ما له وما عليه ، فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٩ ص ١٦١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢١٤ فى الهامش .

(٣) ولكن القاضى لا يملك إلا إبطال العقد ، وليس له حق التقدير الذى يملكه عندما يطلب منه فسخ العقد .

هذا ولا بد من رفع دعوى الإبطال ، حتى لو أخذ الإبطال صورة الدفع . فإذا احتج البائع مثلا ببيع قابل للإبطال ورفع به دعوى على المشترى ، كان للمشترى أن يدفع بإبطال البيع ، ولكن لا عن طريق دفع بسيط ، بل عن طريق دعوى فرعية بإبطال البيع . وهذا هو الذى يفسر أن الدفع ببطلان العقد لا يتقادم لأنه دفع بسيط والدفوع لا تتقادم . أما الدفع بإبطال العقد فيتقادم لأن الدفع هنا لا يكون إلا فى صورة دعوى والدعاوى تتقادم دائماً . انظر فى التمسك بإبطال العقد عن طريق الدفع نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣١ ص ٢٤١ .

٢٢٥ — أثر تقرير الإبطال : إذا تقرر إبطال العقد ، فإنه يصبح في حكم العقد الباطل ، فيزول الأثر الذي كان قد ترتب عليه قبل الإبطال بأثر رجعي كما قدمنا . ويرد كل شيء إلى أصله كما في العقد الباطل . وقد سبق بيان ذلك تفصيلا [1] . على أنه إذا كان العقد قابلا للإبطال لنقص أهلية أحد المتعاقدين ، فإن المتعاقد الآخر لا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ مدني وقد تقدم ذكرها [2] . والأصل في ذلك قاعدة عامة قررتها المادة ١٨٦ مدني في دعوى غير المستحق . إذ قضت بأنه « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق ، فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به » .

ولا يقتصر أثر الإبطال على العلاقة فيما بين المتعاقدين ، بل يجاوزها إلى الغير ، كما قدمنا في العقد الباطل [3] .

الفصل الثاني

آثار العقـــد

٢٢٦ — نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع :
إذا نشأ العقد صحيحاً فقد خلصت له قوته الملزمة ، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به . فالمتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد . ومن هنا نرى نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص . ويلتزمان بما تضمنه العقد من التزامات دون غيرها ، ومن ثم نرى النسبية من حيث الموضوع .

فالعقد نسبي إذن في قوته الملزمة من حيث الأشخاص ، ومن حيث الموضوع . فنبحث كلا من هذين الأمرين .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢١٦ .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٢١٦ .
(٣) انظر آنفاً فقرة ٢١٦ .

الفرع الأول

قوة العقد الملزمة من حيث الأشخاص

٢٢٧ — المتعاقدان والغير : العقد لايتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين ، ولايجاوزهما إلى الغير إلا فى حالة الاشتراط لمصلحة الغير . فنبحث : (١) أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين . (٢) وأثره بالنسبة إلى الغير

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

٢٢٨ — الخلف العام والخلف الخاص : إذا قابلنا إن العقد لايتناول أثره إلا المتعاقدين ، فالمقصود بالمتعاقدين هما ومن يمثلانه فى التعاقد . فالمتعاقدان إذا تعاقدا انصرف أثر العقد إليهما ، وانصرف كذلك إلى الخلف العام . وقد ينصرف إلى الخلف الخاص .

والخلف العام (ayant - cause à titre universel) هو من يخلف الشخص فى ذمته المالية من حقوق والتزامات ، أوفى جزء منها باعتبارها مجموعا من المال ، كالوارث والموصى له بجزء من التركة فى مجموعها . والخلف الخاص (ayant - cause à titer particulier) هو من يخلف الشخص فى عين معينة بالذات أوفى حق عينى عليها ، كالمشترى يخلف البائع فى المبيع ، والموصى له بعين يخلف فيها الموصى . والمنتفع يخلف المالك فى حق الانتفاع .

والخلف . عاما كان أوخاصاً ، لايعتبر من الغير فى العقد . فينصرف إليه أثره[1] على التفصيل الذى سنذكره فيما يلى .

---

(١) وينصرف أثر العقد كذلك إلى الدائنين . ولكن لا على النحو الذى ينصرف به أثر العقد إلى الخلف . فإن انصراف أثر العقد إلى الخلف معناه أن تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى الخلف ، وغير هذا انصراف أثر العقد إلى الدائنين . فالدائن – ومجموع أموال المدين ضامن لحقه – ينصرف إليه أثر العقد الذى يبرمه المدين بالمعنى الآتى : هذا العقد قد يزيد فى مجموع =

المطلب الأول
الخلف العام

٢٢٩ — انصراف أثر العقد إلى الخلف العام : تنص المادة ١٤٥ مدنى على أن « ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث . مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لاينصرف إلى الخلف العام »(١) . ومعنى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام هو أن الحقوق التى ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث بعدموت المورث المتعاقد . أما الالتزامات فيلاحظ فى شأنها أن فى الشريعة الإسلامية — وهى الشريعة التى تطبق فى مصر فى أكثر الأحوال فى مسائل الميراث — مبدأ خاصا يقضى بألا تركة إلاّ بعد سداد الدين . ومقتضى هذا المبدأ أن يبقى الالتزام فى التركة دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث . حتى تسدده التركة ، وتنتقل هذه خالية من الديون إلى الوارث(٢) .

= أموال المدين فيستفيد الدائن من ذلك بزيادة ضمانه ، وقد ينقص من هذا المجموع فيضار الدائن بذلك بنقص ضمانه . وهو فى الحالتين ينصرف إليه أثر العقد الذى أبرمه المدين أى أنه يتأثر به من ناحية زيادة الضمان أو نقصه . أما الحقوق والالتزامات التى ينشئها هذا العقد فلا تنتقل إلى الدائن كما تنتقل إلى الخلف . وهذا الفرق الجوهرى يجعل من الخطأ أن يسمى الدائن خلفاً للمدين . بالرغم من أن العادة جرت قديماً بتسميته خلفاً تشبيهاً له بالخلف من حيث إنه يتأثر بعقد المدين . وانصراف أثر العقد إلى الدائن على النحو الذى بيناه يجعل الدائن يتحمل أثر العقد ، لا باعتباره تصرفاً قانونياً ، بل باعتباره واقعة مادية . وهذا فرق آخر بين الدائن والخلف ، فإن الخلف يتحمل أثر العقد باعتباره تصرفاً قانونياً .

وهناك حدود لتحمل الدائن أثر عقد المدين إذا كان هذا العقد ينقص من ضمان الدائن . فلابد أن يكون هذا العقد جدياً . إذ العقد الصورى لا ينفذ فى حق الدائن . ولا بد أن يكون العقد لم يقصد به الإضرار بحق الدائن . وإلا جاز للدائن الطعن فيه بالدعوى البوليصة فيصبح غير نافذ فى حقه . ولا بد أخيراً من أن يكون المدين غير معسر ، فعقود المدين المعسر لا تنفذ فى حق الدائن من وقت تسجيل صحيفة الإعسار . وسنعود إلى ذلك تفصيلا عند الكلام فى آثار الالتزام .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٦ (مطابق) — الليبى م ١٤٥ (مطابق) — العراقى ١٤٢ / ١ (مطابق) — اللبنانى م ٢٢٢ (موافق) .

(٢) ومما يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى فى حق الخلف مايسرى فى حق السلف بشأن هذا العقد ، فلا يشترط ثبوت التاريخ حتى يكون هذا التاريخ حجة للخلف وعليه ، وفى الصورية يسرى فى حق الخلف العقد الحقيقى دون العقد الصورى .

فإذا مات البائع مثلا وترك وارثاً ، انتقل إلى الوارث حق مورثه فى مطالبة المشترى بالثمن ، ولم ينتقل التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى بل يبقى هذا الالتزام فى التركة على النحو الذى بيناه .

٢٣٠ — متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفا :

ويكون ذلك فى أحوال ثلاث :

١ — إذا اتفق المتعاقدان على ذلك ، فيجوز مثلا أن يتفق المتبايعان على منح المشترى أجلا لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق لورثته .

٢ — إذا كانت طبيعة الحق الناشئ من العقد تأبى انتقاله إلى الخلف العام. فإذا حصل شخص بموجب عقد على حق انتفاع ، فإن هذا الحق لا ينتقل إلى وارث المنتفع لأن حق الانتفاع تقضى طبيعته أن ينتهى بموت صاحبه .

٣ — إذا كان هناك نص فى القانون يقضى بعدم انتقال الحق إلى الوارث. من ذلك ماقضت به المادة ٥٢٨ مدنى من أن الشركة تنقضى بموت أحد الشركاء، وما قضت به المادة ٧١٤ مدنى من أن الوكالة تنقضى بموت الموكل أو الوكيل.

٢٣١ — متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام باعتباره من الغير :

وهناك فرض لا ينصرف فيه أثر التصرف إلى الوارث ، لأن الوارث يعتبر من الغير فى هذا التصرف . فقد أبيح للمورث التصرف فى جميع أمواله حال حياته ، معاوضة أو تبرعا ، ويسرى هذا التصرف على الورثة ولو لم يبق لهم من مال مورثهم شىء . ولكن إذا كان التصرف وصية، أو كان أى تبرع آخر يصدر فى مرض موت المورث ، لم يسر هذا التصرف فى حق الورثة من غير إجازتهم إلا فى حدود ثلث التركة ، فإذا جاوز التصرف هذه الحدود اعتبر الوارث من الغير فيما جاوزها ولا يسرى فى حقه[1] .

---

(١) نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤ — أما الدائن فيحميه القانون أكثر مما يحمى الوارث ، فلا يبيح للمدين أن يتصرف فى ماله ولو معاوضة إذا قصد الإضرار بالدائن ، وفرق ما بينهما أن الوارث يتلقى المال من غير عوض ويتلقاه الدائن بعوض .

المطلب الثانى

الخلف الخاص(*)

٢٣٢ – وضع المسألة بالنسبة إلى الخلف الخاص : يحسن بادئ الأمر أن نحدد تحديداً دقيقاً من هو الخلف الخاص ، فقد قدمنا أنه هو من يتلقى من سلفه ملكية شىء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشىء . والشىء الذى يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقاً عينياً كما هو الغالب ، وقد يكون حقاً شخصياً . فالمشترى خلف خاص للبائع فى الشىء المبيع ، وهذا استخلاف فى ملكية عين معينة . وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على عين معينة . والمحال له خلف المحيل فى الحق المحال به ، وهو استخلاف فى حق شخصى . أما من يترتب له حق شخصى فى ذمة شخص آخر فلا يكون خلفاً خاصاً له ، بل يكون دائناً . فالمستأجر ليس خلفاً للمؤجر ، والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلى إنما خلف المستأجر الأصلى هو المتنازل له عن الإيجار . والمثل المألوف فى الخلف الخاص هو من يتلقى عيناً من سلفه ، كالمشترى يخلف البائع فى العين المبيعة .

فإذا كان البائع قد أبرم عقداً بشأن العين التى باعها ، فهل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشترى؟ لاتعرض مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص إلا إذا توافر شرطان : (١) أن يكون العقد قد أبرم فى شأن الشىء المستخلف فيه ، فلا محل للتساؤل عما إذا كان المشترى ينصرف إليه أثر قرض عقده البائع لأن القرض لاينصب على العين المبيعة بالذات وإن كانت العين تدخل فى الضمان العام للمقرض . (٢) أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الشىء المستخلف فيه للخلف الخاص ، فيجب إذن أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ سابقاً على التاريخ الذى انتقل فيه الشىء إلى الخلف[1] . ويتوافر هذان

(*) مراجع : انظر فى هذه المسألة پلانيول وريبير وإسمان ٦ فقرة ٣٣١ – فقرة ٣٣٢ – ومقالا للأستاذ Lepargneur فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٤ ص ٤٨١ – ص ٥٨٣ – ومقالا آخر للأستاذ حامد فهمى فى حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال فى حق الخلف بسبب خاص فى مجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد الرابع ص ٤٤ – ص ٦٥ .

(١) وكالعقد الحكم ، فلا تمتد حجية الحكم إلى الخلف الخاص إلا إذا كان سابقاً على كسب الخلف لحقه (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٢ ص ٢٤٢) .

الشرطان فيما إذا أمن شخص على منزله من الحريق ثم باعه ، فهل ينتقل للمشترى حق البائع فى التأمين ؟ وفيما إذا باعت شركة أرضاً واشترطت على المشترى أن يكون البناء على نحو معين ثم باع المشترى الأرض لمشتر ثان ، فهل ينتقل إلى المشترى الثانى التزام المشترى الأول بالبناء على نحو معين؟

٢٣٣ — متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص : تنص المادة ١٤٦ مدنى على أنه « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء إليه »[(١)] فيقول القانون إن الحقوق والالتزامات التى تنشأ من العقد تنتقل إلى الخلف الخاص فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء : « إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء إليه » . وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشىء إذا كانت مكملة له ، كما تعتبر الالتزامات من مستلزمات الشىء إذا كانت محددة له .

٢٣٤ — الحقوق المكملة للشىء : الحق ، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف ، يجب أن يكون مكملا للشىء الذى انتقل إلى الخلف كما قدمنا . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف : (١) الحقوق العينية التى ترتبت لمصلحة الشىء كحق ارتفاق للشىء فإنه ينتقل مع العين . (٢) الحق الذى يكون تأميناً للشىء ، فإذا حول الدائن حقه انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته من رهن وكفالة[(٢)] . (٣) الحق الشخصى الذى يكون الغرض منه درء ضرر عن الشىء ، لأن هذا الحق يقى الشىء ويحفظه فيعتبر مكملا له . فإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق ثم باع المنزل ، فإن حقه قبل

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٧ (مطابق) — الليبى م ١٤٦ (مطابق) — العراقى م ١٤٢ / ٢ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) وكالتأمينات دعاوى الفسخ فهى من شأنها تأكيد الحق ، فالمحال له بالثمن ينتقل إليه حق البائع فى الفسخ إذا لم يستوف الثمن من المشترى ، بخلاف دعاوى البطلان فهى لا تنتقل إذ هى تتنافى مع الحق لا تؤكده . كذلك ينتقل الحق فى السند التنفيذى بالدين المحال به .

شركة التأمين ينتقل مع المنزل إلى المشترى[1] . ومثل حق البائع فى التأمين حقه قبل البائع له فى ضمان الشيء ضمان استحقاق أوضمان عيب ، فالبائع لشيء ينتقل مع هذا الشيء إلى المشترى حقه فى الضمان[2] .

أما إذا كان الحق لا يمكن اعتباره مكملا للشيء ، فإنه لا ينتقل إلى الخلف. وعلى ذلك لا ينتقل : (١) حق السلف إذا لم يكن من شأنه تقوية الشيء الذى انتقل إلى الخلف أودرء الخطر عنه . فإذا تعاقد السلف مع مقاول لإقامة بناء على الأرض التى انتقلت إلى الخلف ، لم ينتقل حق السلف إلى الخلف. ومثل هذا حق صاحب السيارة إذا استأجر مكانا تأوى إليه السيارة (جراج) ، فإذا باعها لم ينتقل هذا الحق للمشترى . (٢) حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فإذا اشترى طبيب أرضاً يقيم عليها مستشفى متنقلا ، وتعاقد مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة فى أوقات محددة لهذا المستشفى ، فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشترى للأرض بعد نقل المستشفى ، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستشفى لا بالأرض التى بيعت.

٢٣٥ – *الالتزامات المحددة للشيء* : والالتزام ، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف ، يجب أن يكون محدداً للشيء . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف : (١) الارتفاقات العينية التى ترتبت على الشيء ، كحق ارتفاق على الشيء فإنه ينتقل مع العين . (٢) الالتزام الذى يقيد من استعمال ملكية العين ويكيف هذا الاستعمال . فإذا التزم السلف بعقد ألا يستعمل المنزل الذى يملكه فى حى للسكنى مقهى أومطعماً ، انتقل هذا الالتزام إلى الخلف . كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أوفى مساحة رقعته ، فإن هذه القيود ، سواء اعتبرت التزامات شخصية أوارتفاقات عينية ، تنتقل إلى

---

(١) وينتقل تبعاً لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين .

(٢) وللمشترى إذن أن يرجع مباشرة على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب ، ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان فإن هذا لا يمنع المشترى من الرجوع بالضمان على البائع للبائع . انظر نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥٣ ص ٣٠١ . وانظر فى انتقال عقود العمل من رب العمل السابق إلى رب العمل اللاحق : نقض مدنى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥١ ص ١٠٦٢ .

المشترى بموجب هذه القاعدة أو بموجب القاعدة السابقة . وقد اعتبرها التقنين المدنى (م ١٠١٨) ارتفاقات عينية ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . (٣) التزام السلف الذى يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك . كمن اشترى أرضاً من شركة تعمل فى استخراج المعادن فاشترطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال ، وكصاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن مباشرة التجارة فى جهة معينة كفاً للمنافسة[1] .

أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشىء الذى انتقل إلى الخلف ، فإنه لا ينتقل مع الشىء إلى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل : (١) التزام السلف إذا كان لا يثقل العين أو يكيف من استعمالها أو يمنع من استعمال بعض حقوقها . فالتزام بائع الأرض الذى اتفق مع مقاول للبناء لا ينتقل إلى مشترى الأرض ، والتزام بائع السيارة نحو صاحب الجراج لا ينتقل إلى من اشترى السيارة ، كذلك لا ينتقل التزام السلف بتعويض ما أحدثه الشىء الذى انتقل إلى الخلف من الضرر سواء كان هذا التعويض ناشئاً عن عقد قدر فيه الضرر أو كان ناشئاً عن العمل الضار ذاته . (٢) التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فليس على من اشترى ما وهب لبائعه ، على أن يقوم البائع بالنفقة على الواهب أو على أن يقوم بخدمته ، قضاء شىء من ذلك .

---

(١) وقد نصت المادة ١/٦٠٤ مدنى على أنه « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية » . فهنا تنتقل العين المؤجرة إلى المشترى ، وينتقل معها التزامات المؤجر ويقابلها حقوقه فتنتقل هى أيضاً إلى المشترى إذا كان للإيجار تاريخ ثابت سابق على البيع . ومهما يكن من شك فى أن هذه الالتزامات والحقوق تعتبر من مستلزمات العين المؤجرة ، فإن النص قد حسم كل تردد فى هذه المسألة ، وقرر أن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل مع العين المؤجرة إلى المشترى . بل إن النص لم يشترط علم المشترى بها وقت البيع ، فجاء استثناء من القاعدة العامة فى انتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص . ويبرر ذلك أنه إذا كانت الالتزامات تنتقل إلى المشترى فإن الحقوق المقابلة تنتقل أيضاً إليه فهو لا يكاد يخسر شيئاً ، هذا إلى أن الحكم يساعد كثيراً على استقرار حقوق المستأجرين بجعلها نافذة فى حق من تنتقل إليه ملكية العين المؤجرة ، وفى هذا حماية لعقود الإيجار وهى عقود لها أهمية كبيرة فى استغلال الملك (سليمان مرقس فقرة ٣٠٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٣٥) .

٢٣٦ — وجوب علم الخلف بالالتزامات والحقوق حتى تنتقل إليه : ولاتنتقل إلى الخلف التزامات سلفه أوحقوقه ، إلا إذا كان عالما بها وقت انتقال الشيء إليه . وأهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص فى انتقال الالتزامات ، لأنها قيود تنتقل إلى الخلف فمن الواجب أن يكون عالما بها وقت انتقالها إليه[1].

ويشترط العلم اليقينى لامجرد استطاعة العلم ، إلا أنه يغنى عن العلم التسجيل أو القيد فى الحقوق العينية التى يجب شهرها طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

المبحث الثانى

أثر العقد بالنسبة إلى الغير

٢٣٧ — الخلف قد يكون من الغير : الخلف العام قد يكون من الغير ، كما رأينا ، إذا أثبت أن التصرف الذى صدر من سلفه قد صدر فى مرض الموت ، فلا يسرى التصرف فى حقه إلا على اعتبار أنه وصية .

والخلف الخاص يكون هو أيضاً من الغير ، فلا ينصرف إليه أثر العقد أصلا إذا كان هذا العقد غير سابق على انتقال الشيء إلى الخلف ، أوكان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل للشيء أوغير محدد له .

ويتبين مما تقدم أن الخلف ، وإن كان الأصل فيه أن ينصرف إليه أثر

---

(١) أما فى انتقال الحقوق إلى الخلف الخاص : إذا كانت هذه الحقوق دون مقابل يلتزم به الخلف ، فاشتراط علم الخلف بها يحسن أن يتوسع فى تفسيره ، فيجوز أن يعلم بها بعد انتقال الشيء إليه ، وهو على كل حال لابد أن يكون عالما بها وهو يطالب المدين . ذلك أن هذه الحقوق تفيد الخلف دون أن تضره ، فلامبرر لوجوب علمه بها وقت انتقال الشيء إليه ، والعلم بها إنما يقصد به أن يكون صاحب الحق عالما بحقه فيكفى العلم إذن ولو تأخر عن وقت انتقال الشيء إلى الخلف ، والدليل على حصوله يستخلص على كل حال من مجرد مطالبة الخلف بالحق . وإذا كان العقد مصدر الحق الذى انتقل إلى الخلف عقداً ملزماً للجانبين ، وتمسك الخلف بالحقوق الناشئة عن هذا العقد ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطالبه بالالتزامات المقابلة ولو لم يعلم بهذه الالتزامات وقت انتقال الشيء إليه ، ذلك أن المتعاقد الآخر يستطيع أن يطلب فسخ العقد الملزم للجانبين أو أن يدفع بعدم تنفيذ هذا العقد إذا هو لم يستوف هذه الالتزامات المقابلة (سليمان مرقس فقرة ٣٠٢) .

العقد ، قد يصبح من الغير فى أحوال معينة . فلا ينصرف إليه هذا الأثر .

٢٣٨ – الغير الأجنبي أصلا عن العقد : أما الغير الذى لم يكن طرفاً فى العقد ولا خلفاً لأحد المتعاقدين ، وهو مايسمى بالغير الأجنبى أصلا عن العقد (penitus extranei) ، فلا ينصرف إليه أثر العقد مادام بعيداً عن دائرة التعاقد . فالصلح الذى يقع بين الدائن وأحد الورثة لا يسرى فى حق بقية الورثة . وبيع ملك الغير لايسرى فى حق المالك الحقيقى .

غير أن استقرار التعامل قد يقضى بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفاً فيه ، كالتصرف الصادر من الوارث الظاهر فإنه يسرى فى حق الوارث الحقيقى ، وكالإيجار الذى يصدر من غير المالك دون غش لمستأجر حسن النية فإنه يسرى فى حق المالك الحقيقى فى بعض الأحوال . ولكن الأثر الذى انصرف إلى الغير أثر غير مقصود لم يرده المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبنى على اعتبارات لادخل للإرادة فيها .

أما أن العقد ينتج أثراً ينصرف إلى الغير ويكون أثراً مقصوداً أراده المتعاقدان ، فذلك ما تكفلت ببيان الحكم فيه المادة ١٥٢ مدنى إذ تقول : « لايرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً »(١) . فالتعهد عن الغير لاينصرف أثره إلى العقد ولايرتب فى ذمته التزاما . أما الاشتراط لمصلحة الغير فينصرف أثره إلى الغير ويكسبه حقاً .

ونبحث الآن كلا من هاتين المسألتين : (١) التعهد عن الغير . (٢) الاشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الأول

التعهد عن الغير

(Promsse de porte - fort)

٢٣٩ – الصور العملية للتعهد عن الغير ومقوماته : شركاء فى الشيوع

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٣ (مطابق) – الليبى م ١٥٤ (مطابق) – العراقى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) – اللبنانى م ٢٢٥ (مقارب) .

(*) مراجع : تامبواز (Tamboise) رسالة من ليل سنة ١٩٠٦ – بللوماير (Bellomayre) رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ .

يبيعون الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب الإجراءات اللازمة لبيع القاصر ، أوكان أحد الشركاء غير حاضر وقت العقد ولايستطاع انتظاره خوف ضياع الصفقة ، أوكانوا يقتسمون الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون توقى الإجراءات المعقدة للقسمة القضائية ، فى مثل هذه الأحوال يتعاقد بقية الشركاء عن أنفسهم ثم يتعاقدون عن الشريك القاصر أو الغائب فيتعهدون بأن يقبل البيع أو القسمة عند بلوغه سن الرشد أوعند حضوره .

ويجب حتى يقوم التعهد عن الغير أن تتوافر المقومات الثلاثة الآتية : (١) أن يتعاقد المتعهد باسمه لاباسم الغير الذى يتعهد عنه . وهذا هو الفرق بين التعهد عن الغير وبين الوكيل ، فالوكيل لايعمل باسمه بل باسم الأصيل فينصرف أثر العقد إلى الأصيل ، أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه وينصرف إليه هو أثر العقد . (٢) أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير ، فلو أراد إلزام الغير لانفسه لكان التعهد باطلا لاستحالة المحل ، إذ لايمكن قانوناً أن يلزم شخص شخصا آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفاً فيه . وهذا هو الفرق بين المتعهد عن الغير والمشترط لمصلحة الغير : فالمشترط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقاً يكسبه مباشرة من ذات العقد الذى أبرمه المشترط . وهذا مايجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التى تقضى بأن العقد لاينصرف أثره إلى الغير ، ويجعل التعهد عن الغير لاخروج فيه على هذه القاعدة . (٣) أن يكون الالتزام الذى أخذه المتعهد على نفسه هو القيام بحمل الغير الذى تعهد عنه على قبول هذا التعهد ، فالمتعهد يلتزم دائماً بعمل شى (obligation de faire) . ويجب أن يصل المتعهد فعلا إلى جعل الغير يلتزم ، ثم يقف التزامه عند ذلك فلا يكفل تنفيذ الغير للتعهد بعد أن التزم به . وهذا هو الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل ، فالكفيل يكفل تنفيذ التزام المدين بعد أن يوجد ولايكفل إيجاده ، أما المتعهد عن الغير فيكفل إيجاد الالتزام فى ذمة الغير ولايكفل تنفيذه .

٢٤٠ — **للغير أن يقبل التعهد أو يرفضه** : تنص المادة ١٥٣ مدنى على أنه « ١ — إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلايلزم الغير بتعهده ، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ،

ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به . ٢ – أما إذا قبل الغير هذا التعهد . فإن قبوله لاينتج أثراً إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أوضمناً أن يستند هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد »(١). فالغير إذن حر فى قبول التعهد أو رفضه ، فإن التعهد لم يلزمه بشىء كما قدمنا .

فنستعرض الحالتين : (١) قبول الغير للتعهد (٢) ورفضه إياه .

§ ١ – قبول الغير للتعهد

٢٤١ – **كيف يكون القبول** : يكون القبول صريحاً أوضمنياً . ومثل القبول الضمنى أن يقوم الغير بتنفيذ التعهد . والقبول تصرف قانونى فتشترط فيه الأهلية ، ولايشترط فيه شكل خاص إلا إذا اشترط القانون ذلك كما فى الرهن الرسمى والهبة .

٢٤٢ – **أثر القبول** : يعتبر التعهد ، وهو عقد بين المتعهد والمتعاقد معه ، بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد . فإذا قبل الغير التعهد فقد قبل هذا الإيجاب ، وتم عقد جديد بين الغير والمتعاقد مع المتعهد، وهذا العقد الجديد هو غير العقد الذى تم أولا بين المتعهد والمتعاقد معه .

ويختلف العقدان من حيث أطراف التعاقد ، فالعقد الأول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه ، والعقد الثانى طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير . فهناك طرف مشترك فى العقدين هو المتعاقد مع المتعهد . ويختلف العقدان كذلك من حيث الالتزامات التى تنشأ . فالعقد الأول ينشئ التزاما بعمل شىء فى ذمة المتعهد كما قدمنا هو حمل الغير على قبول التعهد ، والعقد الثانى ينشئ التزاما فى جانب الغير قد يكون محله نقل حق عينى أوعملا أو امتناعا عن عمل حسب نوع التعهد الذى أبرمه مع المتعاقد الآخر. ويختلف العقدان أخيراً من حيث الوقت الذى يتم فيه كل منهما ، فالعقد الأول يتم عند تلاقى الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه ، والعقد الثانى لايتم إلا عند صدور القبول من الغير . فإذا لم

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٤ (مطابق) – الليبى م ١٥٥ (مطابق) – العراقى م ١٥١ (موافق) – اللبنانى م ١٩٣ و م ٢٢٦ (موافق) .

للقبول إذن أثر رجعي ، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد(١) .

ويتبين مما قدمناه أنه إذا كان صدور القبول من الغير يرتب في ذمته التزاما، فهذا الالتزام قد نشأ من العقد الثاني الذي كان هو طرفاً فيه ، ومن ثم لا يكون التعهد عن الغير إلا محض تطبيق للقواعد العامة ، فإن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذي كان أجنبياً عنه ، بل التزم بالعقد الثاني الذي كان طرفاً فيه(٢) .

§ ٢ – رفض الغير للتعهد

٢٤٣ – عدم مسئولية الغير : قدمنا أن الغير حر في قبول التعهد أو رفضه ، فإذا رفضه كان غير مسئول ، لأن التعهد لم يرتب في ذمته أي التزام .

---

(١) كما هو صريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٣ مدني وقد مر ذكرها . فإذا تعاقد شركاء في الشيوع متعهدين عن قاصر فيهم ، وقبل القاصر التعهد بعد بلوغه سن الرشد ، فالمفهوم ضمناً أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعي يستند إلى وقت تعاقد الشركاء .

وإذا قصد الغير أن يكون لقبوله أثر رجعي ، فإن هذا الأثر ينتفي بالنسبة إلى أي شخص كسب الغير حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعي . فإذا تعهد (١) أن (ب) يبيع منقولا يملكه إلى (ج) ، ولكن (ب) باع المنقول إلى (د) ، ثم قبل التعهد الصادر من (١) ، فإن (ب) يكون قد باع المنقول مرتين متتاليتين ، المرة الأولى إلى (د) والمرة الثانية إلى (ج) . فإذا كان قبوله للتعهد ذا أثر رجعي أضر هذا بالمشترى (د) إذ يتأخر عن المشترى (ج) ، فقصد (ب) أن يكون لقبوله أثر رجعي نقض لما تم من جهته بالنسبة إلى (د) ، فلا يسرى الأثر الرجعي ويعتبر (د) هو المشترى الأول ويتقدم على (ج) ، إلا إذا حاز (ج) المنقول بحسن نية . أما إذا كان المبيع عقاراً ، فالتفاضل يكون بالأسبقية إلى التسجيل . وليس في هذا إلا محض تطبيق للقواعد العامة (أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٣٠٨ ص ٢٨٧ – أنور سلطان في مصادر الالتزام فقرة ٢٧٤ ص ٢٨٠ – قارن سليمان مرقس فقرة ٣١٢ ص ٣٨٩ ص ٣٨٩ – ص ٣٩٠) .

(٢) وهناك رأي يذهب إلى أن المتعهد عن الغير يكون بمثابة الفضولي ، فلا يكون هناك إلا عقد واحد ، هو هذا التعهد وقد تعاقد فيه المتعهد نيابة عن الغير عن طريق الفضالة ، فإذا أقر الغير العقد التزم بهذا العقد نفسه لا بعقد جديد (انظر في هذا الرأي عبد الحي حجازي ٢ ص٥٢٣– ص ٥٢٤) . ويؤخذ على هذا الرأي أنه يجعل الفضالة تجاوز نطاقها ، فالفضولي لا يتولى إلا شأناً عاجلا ضرورياً لرب العمل ، أما في التعهد عن الغير فليس من المحتم أن يكون الشأن عاجلا ضرورياً . ومهما يكن من أمر فإن نص التقنين المدني يفترض أن هناك عقداً ثانياً هو الذي يلزم الغير إذا قبل أن يلتزم ، فالغير يقبل عقداً جديداً ولا يقتصر على إقرار العقد الأول ، والأصل في هذا القبول ألا يكون له أثر رجعي أما الإقرار فله أثر رجعي ، والمتعهد عن الغير يعمل باسمه أما إذا كان فضولياً فإنه يعمل باسم الغير (انظر في هذا المعنى سليمان مرقس ص ٣٨٨ هامش ١) .

٢٤٤ – مسئولية المتعهد : ولكن المتعهد يبقى مسئولا بالعقد الذى تم بينه وبين المتعاقد معه . وجزاء هذه المسئولية دفع تعويض للمتعاقد معه عما أصاب هذا من الضرر من جراء رفض الغير للتعهد ، ويقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة . ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام الذى كان يراد من الغير أن يقبله ، ولكن يجوز للمتعهد إن شاء أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلا بشخص الغير . فالتزام المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام هو إذن التزام بدلى ، إذ التزامه الأصلى هو دفع التعويض ، ولكن يستطيع أن يبرئ ذمته من التعويض بأن ينفذ الالتزام المشار إليه .

المطلب الثانى

الاشتراط لمصلحة الغير (*)

(Stipulation pour autrui)

٢٤٥ – الاختلاف ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير : أساس الاشتراط لمصلحة الغير يختلف عن أساس التعهد عن الغير . ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين كالتعهد عن الغير ، بل هو لا يشتمل إلا على عقد واحد تم بين المشترط والمتعهد ، والمنتفع إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات ، أى من عقد لم يكن طرفاً فيه .

ولم تتم هذه الثورة على القواعد التقليدية إلا بعد تطور طويل ، ولم يعرف الاشتراط لمصلحة الغير على هذا النحو إلا على سبيل الاستثناء فى كل من القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم والتقنين المدنى الفرنسى . ثم انقلب هذا الاستثناء إلى قاعدة عامة ، صاغها التقنين المدنى المصرى فى المادة ١٥٢ منه

(*) مراجع : رسالة لامبير (Lambert) باريس سنة ١٨٩٣ – رسالة شامبو (Champeau) باريس سنة ١٨٩٣ – رسالة لى برى (Le Bray) باريس سنة ١٨٩٩ – سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ٢٤٥ – فقرة ٢٥٨ – مقال لابيه (Labbé) فى المجلة العملية (Revue pratique) سنة ١٨٩٩ ص ٣١٤ – مقال بنشون (Finchon) فى المجلة الانتقادية (Revue critique) السنة ٢٩ ص ٦١٢ – مقال بيكار (Picard) فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢ ص ٥ – فلاتيه (Flattet) فى العقود لحساب الغير – بلانيول وريبير وإسمان ٦ فقرة ٣٥٢ وما بعدها .

حيث يقول : « لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً »(١) .

٢٤٦ – التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير : ونورد هنا بعض التطبيقات لهذه القاعدة الهامة :

١ – فكثيراً مايشترط الواهب على الموهوب له ترتيب إيراد أو حق ما للغير . ويشترط البائع للعين المرهونة على المشترى أن يدفع أقساط الدين إلى الدائن المرتهن خصما من ثمن المبيع . فى عقد الهبة اشترط الواهب لمصلحة الغير ، ويسمى الواهب مشترطاً والموهوب له متعهداً والغير منتفعاً . وكذلك فى عقد البيع اشترط البائع لمصلحة الدائن المرتهن ، ويسمى البائع مشترطاً والمشترى متعهداً والدائن المرتهن منتفعاً .

٢ – وكثيراً مايشترط صاحب المتجر ، إذا باع متجره ، على المشترى أن يبقى العمال والمستخدمين فى عملهم وألا ينقص من أجورهم . فهنا اشترط البائع على المشترى لمصلحة العمال والمستخدمين .

---

(١) ثم تنص المادة ١٥٤ مدنى على أنه « ١ – لا يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية . ٢ – ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ هذا الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد . ٣ – ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك » . وتنص المادة ١٥٥ مدنى على أنه « ١ – يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد رغبته فى الاستفادة منها ، ما لم يكن فى ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد . ٢ – ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة » . وتنص المادة ١٥٦ مدنى على أنه « يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلا أو جهة مستقبلة ، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة » . فيكون التقنين المدنى المصرى قد سجل فى نصوصه آخر مراحل التطور لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٥ – ١٥٧ (مطابق) – الليبى م ١٥٦ – ١٥٨ (مطابق) – العراقى م ١٥٢ – ١٥٤ (مطابق) – اللبنانى م ٢٢٧ – ٢٣١ (مقارب) .

٣ – وفى عقود المقاولات كثيراً ما يفرض رب العمل شروطاً لمصلحة العمال ويثبت ذلك فى دفتر الشروط (cahier des charges)، فيضع حداً أدنى للأجور وحداً أقصى لساعات العمل وحقاً فى التعويض من الإصابات، فيصبح للعمال قبل المقاول حق مباشر استمدوه من عقد المقاولة الذى لم يكونوا طرفاً فيه، طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير.

٤ – وفى عقود التأمين – وهى العقود التى كانت السبب الرئيسى فى تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ونجد فى ميادينها أوسع مجال لتطبيق القاعدة – يؤمن المتعاقد لمصلحة ورثته ولو لم يوجدوا وقت العقد، ويؤمن رب العمل لمصلحة عماله عما يصيبهم من الضرر فى أثناء العمل، ويؤمن عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة، ويؤمن المدين الراهن على المنزل المرهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتهن.

ونبحث الآن: (١) شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير. (٢) الأحكام المترتبة على هذه القاعدة.

§ ١ – شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

٢٤٧ – شروط ثلاثة: حتى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير، يجب أن تتوافر شروط ثلاثة: (١) أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع. (٢) أن يشترط المشترط على المتعهد حقاً مباشراً للمنتفع. (٣) أن يكون للمشترط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية.

٢٤٨ – المشترط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع: وهذا هو الذى يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة. فالنائب، وكيلا كان أو ولياً أو فضولياً، يتعاقد باسم الأصيل، أما المشترط فيتعاقد باسمه. وبذلك يختلف المشترط عن الفضولى، فالمشترط يتعاقد باسمه كما قدمنا فى حين أن الفضولى يتعاقد نيابة عن رب العمل. ويترتب على التمييز بين المشترط والفضولى نتائج هامة منها: (١) يجب أن يكون للمشترط مصلحة شخصية لأنه يتعاقد باسمه، أما الفضولى فهو على النقيض من ذلك يجب ألا تكون له مصلحة شخصية فى إدارته لشؤون رب العمل. (٢) كل شخص يستطيع أن يشترط لمصلحة

الغير مادامت له مصلحة شخصية فى ذلك وليس كل شخص يستطيع أن يدير عمل الغير عن طريق الفضالة إذ لابد من قيام ضرورة تقضى بذلك كما سنرى عند الكلام فى الفضالة .

٢٤٩ — المشترط يشترط حقاً مباشراً للمنتفع : فإذا اشترط المشترط المشترط حقاً لنفسه هو ، لم يكن هذا اشتراطاً لمصلحة الغير ولو عاد هذا الحق بالفائدة على الغير . ويترتب على ذلك أن من يؤمن على مسئوليته عما ينجم من الضرر للغير لايكون مشترطاً لمصلحة المضرور بل مشترطاً لمصلحة نفسه ، وإن كان التعويض الذى يأخذه من شركة التأمين يعود بالفائدة على المضرور إذ يستطيع أن يستوفى منه حقه وإن زاحمه فى ذلك سائر دائنى المؤمن له . كذلك لو اشترط المشترط حقاً لنفسه ثم حوله لشخص آخر ، لم يكن هذا اشتراطاً لمصلحة الغير . فلو باع شخص منزلا ثم حول الثمن إلى دائن كان هناك عقدان: عقد البيع بين البائع والمشترى ، وعقد الحوالة بين البائع وهو المحيل ودائنه وهو المحال له . أما الاشتراط لمصلحة الغير فعقد واحد كما قدمنا .

٢٥٠ — المشترط له مصلحة شخصية فى الاشتراط للغير : فإذا لم تكن له مصلحة شخصية كان فضوليا ، والمصلحة الشخصية هى الفرق الجوهرى ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير . ولايشترط أن تكون المصلحة مادية ، بل يجوز أن تكون أدبية ، فيصح التأمين لمصلحة الزوجة والأولاد وليس للمشترط هنا إلا مصلحة أدبية . ولكن يكفى أن يكون للمشترط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، وليس من الضرورى أن يكون له دور شخصى فى العقد لامشترطاً لنفسه ولامتعهداً عنها . مثل ذلك أم تتعاقد مع والد ابنها على أن يتعهد الأب بترتيب إيراد للابن دون أن تلتزم الأم بشىء قبل الأب ، فى هذا الفرض نرى الأم قد اشترطت حقاً لصالح ابنها دون أن تشترط لنفسها حقاً أو ترتب فى ذمتها التزاماً ، وليست الأم تقوم هنا بعمل الفضولى لأن لها مصلحة شخصية وهى مصلحة أدبية ، فهى مدفوعة بعامل الأمومة نحو ابنها لا بعامل المروءة نحو صديق .

§ ٢ — أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٢٥١ — العلاقات المختلفة فى الاشتراط لمصلحة الغير : ما دام يوجد

فى الاشتراط لمصلحة الغير أشخاص ثلاثة ، المشترط والمتعهد والمنتفع ، ووجب أن نبحث علاقاتهم بعضهم ببعض ، فنتكلم فى : (١) علاقة المشترط بالمتعهد . (٢) وعلاقة المشترط بالمنتفع . (٣) وعلاقة المتعهد بالمنتفع .

٢٥٢ — علاقة المشترط بالمتعهد : عقد الاشتراط الذى تم بين المشترط والمتعهد هو الذى يحدد العلاقة فيما بينهما . فإذا كان بيعاً اشترط فيه البائع على المشترى أن يدفع الثمن لدائن البائع سداداً للدين ، حدد عقد البيع العلاقة بين المشترط (البائع) والمتعهد (المشترى) . فيلتزم المشترط بأن ينقل ملكية المبيع إلى المتعهد ، وبأن يسلمه إياه ، وبأن يضمنه له . ولما كان للمشترط مصلحة شخصية فى التزام المتعهد نحو المنتفع بسداد الدين ، فإن للمشترط أيضاً أن يراقب تنفيذ المتعهد لهذا الالتزام لأنه ليس أجنبياً عنه . وعلى هذه المصلحة الشخصية بنينا قيام الاشتراط لمصلحة الغير ، وعليها الآن نبنى حق المشترط فى مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع . فللبائع أن يرفع دعوى باسمه لا باسم الدائن ، يطالب فيها المشترى أن يدفع الثمن إلى الدائن . وقد تنصرف نية المشترط إلى أن يحتفظ لنفسه وحده بدعوى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع ، كما إذا اشترطت الحكومة على إحدى شركات الاحتكار شروطاً لمصلحة الجمهور واحتفظت لنفسها وحدها دون أفراد الجمهور بالحق فى فى مطالبة الشركة بتنفيذ هذه الشروط . وعلى العكس من ذلك يجوز أن يتبين من العقد أن المنتفع وحده ، دون المشترط ، هو الذى تجوز له المطالبة بتنفيذ المتعهد لالتزامه نحوه ، كما إذا اشترط رب العمل على مصحة أن تنزل من يشاء من عماله لقضاء دور النقاهة فيها على أن يترك ذلك لاختيار العامل[١] .

٢٥٣ — علاقة المشترط بالمنتفع : قد يكون المشترط باشتراطه لمصلحة المنتفع أراد أن يتبرع له ، وقد يكون أراد أن يعاوضه .

---

(١) كذلك للمشترط — دون المنتفع لأن هذا ليس طرفاً فى العقد — إذا لم يقم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع ، أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقاً للقواعد العامة (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠١ ص ٣٨٧) . ويلاحظ أن المشترط إذا فسخ العقد بعد صدور قبول المنتفع ، فإن الفسخ لا يضيع على المنتفع حقه ، فيرجع هذا به على المشترط ، إلا إذا كان الاشتراط تبرعاً يجوز الرجوع فيه (قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٩٠٨ هامش ١) .

فإذا كان المشترط أراد التبرع للمنتفع ، كانت العلاقة بينهما هى علاقة الواهب بالموهوب له . إلا أن الهبة هنا لايشترط فيها الشكل ، لأنها هبة غير مباشرة . ولكن الأحكام الموضوعية للهبة تسرى : فيجب توافر أهلية التبرع فى المشترط ، وإذا صدر الاشتراط فى مرض موت المشترط أخذت الهبة حكم الوصية ، كما يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية ولا يشترط فى ذلك سوء نية المنتفع لأنه موهوب له(١) .

أما إذا كان المشترط لايريد التبرع ، فالعلاقة بينه وبين المنتفع يحددها موقف الأول من الثانى بحسب الأحوال . فقد يكون المشترط مدينا للمنتفع واشترط له وفاء لدينه ، وقد يكون أراد إقراض المنتفع عن طريق الاشتراط لمصلحته ، فتطبق فى الحالة الأولى أحكام الوفاء ، وفى الحالة الثانية أحكام القرض .

٢٥٤ — علاقة المتعهد بالمنتفع : هذه العلاقة هى أخص ما فى الاشتراط لمصلحة الغير من طابع يتميز به ، ذلك أن المنتفع يكسب من عقد الاشتراط حقاً مباشراً يستطيع أن يطالب به المتعهد ، وهكذا يتحقق ما فى الاشتراط لمصلحة الغير من خروج على القاعدة العتيقة التى كانت تقضى بأن العقد لاينشئ حقاً للغير . فهذا الحق المباشر ، ومصدره عقد الاشتراط ، هو الذى نركز فيه البحث . فنؤصل مصدره ، ثم نبسط النتائج التى تترتب على أنه حق مباشر وعلى أن مصدره عقد الاشتراط ، ثم نبين أنه حق قابل لأن ينقضه المشترط إلى أن يقره المنتفع .

---

(١) والمقدار الموهوب بالنسبة إلى المشترط ليس هو مقدار ما التزم به المتعهد نحو المنتفع ، بل هو مقدار مادفعه المشترط للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المنتفع . فلو أن شخصاً أمن على حياته لمصلحة أولاده تبرعاً منه لهم ، فإن مقدار ماتبرع به لا يكون المبلغ الذى تدفعه شركة التأمين للأولاد بعد موت المؤمن له ، بل هو مقدار الأقساط التى دفعها المؤمن له لشركة التأمين حال حياته بشرط ألا تزيد على مبلغ التأمين . ومن ثم لو طعن دائن المشترط بالدعوى البولصية فى عقد التأمين الصادر من مدينه وتوافرت شروطها ، فإن الدائن لا ينفذ بحقه إلا بمقدار أقساط التأمين (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ جازيت ٧ رقم ١٣٦ ص ٤٨) . وإذا أراد المؤمن له الرجوع فى الهبة ، فإنه يرجع على المنتفع بمقدار الأقساط التى دفعها لشركة التأمين ، وهذا بخلاف ما إذا كان المشترط قد نقض حق المنتفع فإنه يسترد الحق فى مبلغ التأمين لا فى الأقساط وحدها .

أما تأصيل مصدر الحق فظاهر ، فإن هذا الحق كما قدمنا نشأ مباشرة من عقد الاشتراط . وإذا قيل كيف ينشئ العقد حقاً لشخص لم يكن طرفاً فيه ، قلنا ولهذا قامت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . وليس فى المنطق القانونى ما يجعل هذا متعذراً ، وإنما هى القاعدة الرومانية العتيقة التى كانت تحول دون التسليم بهذا المبدأ ، وقد قضت – نزولا عند اعتبارات ترجع للصياغة القانونية عند الرومان – بأن العقد يقتصر أثره على المتعاقدين . ولامعنى لبقاء هذه القاعدة بعد زوال مقتضياتها وليس ثمة مايمنع من التسليم بأن العقد قد ينشئ حقاً للغير(١) . ويعقد الفقهاء عادة بحثاً تقليديا يتساءلون فيه أين مصدر الحق الذى ثبت للمنتفع ؟ لعله يكون فى عقد جديد تم بين المشترط والمنتفع ، أو بين المتعهد والمنتفع ؟ أو لعل الحق قد نشأ من عمل المشترط على أساس أنه فضولى يعمل لمصلحة المنتفع ؟ أو لعله يكون هو حق المشترط كسبه من العقد وحوله بعد ذلك للمنتفع ؟ ولكل نظرية من هذه النظريات أنصار يدافعون عنها . على أنه من اليسير تفنيدها جميعاً . فالاشتراط لمصلحة الغير ليس معناه أن المشترط أو المتعهد يعرض إيجابا على المنتفع ليقبله أو يرفضه كما تذهب إلى ذلك نظرية الإيجاب المعروض (théorie de l'offre) ، لأن حق المنتفع إنما ينشأ من العقد الذى تم مابين المشترط والمتعهد لا من عقد جديد بين المنتفع والمشترط أو بين المنتفع والمتعهد . وليس معناه أن المشترط يقوم بعمل من أعمال الفضالة للمنتفع (théorie de la gestion d'affaire) ، لأن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة هو وجود المصلحة الشخصية فى الحالة الأولى وانعدامها فى الحالة الثانية كما قدمنا . وليس معناه أن المشترط يكسب الحق لنفسه أولا ثم يحوله بعد ذلك للمنتفع (théorie de la cession) ، لأن المنتفع لايتلقى الحق عن المشترط ولايعتبر خلفاً له فيه(٢) . فلاتردد إذن

(١) بل ليس هناك مايمنع ، فى المنطق القانونى المحض ، من أن العقد ينشئ التزاما فى ذمة الغير ، فتقوم قاعدة التعهد عن الغير على غرار قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، وتلزم الغير بعقد التعهد ذاته لا بعقد جديد . ولكن قاعدة التعهد عن الغير قصرت فى الوصول إلى هذه المرحلة من التطور لأن الضرورات لم تقتض بعد ، كما اقتضت فى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، جواز أن يلتزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اقتضت هذا لما حال المنطق القانونى دون ذلك .

(٢) وتفند كذلك نظرية أخرى لجأ إليها بعض الفقهاء أخيراً يذهبون إلى أن حق المنتفع مصدره إرادة المتعهد المنفردة (théorie de a volonté unilatérale) . ولو كان هذا صحيحاً =

فى أن نقرر أن حق المنتفع حق مباشر ، كسبه من عقد الاشتراط . ولكل من هاتين الخاصتين — حق مباشر وحق مصدره عقد الاشتراط — نتائج عملية هامة تترتب عليها .

أما النتائج التى تترتب على أن حق المنتفع حق مباشر لايتلقاه من المشترط فمنها : (١) لاشأن لدائنى المشترط بهذا الحق بعد موته ، بل يخلص الحق للمنتفع وحده لأنه لم يتلقه من المشترط . ففى عقد التأمين على الحياة إذا تعاقد المؤمن له مشترطاً لمصلحة أولاده ثم مات ، فإن الأولاد لايتلقون الحق فى تركة أبيهم حتى يتقدم عليهم دائنو التركة ، بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين فيأخذون مبلغ التأمين من الشركة خالصاً لهم ولا يدفعون منه شيئاً لسداد ديون التركة ، وهذه هى أهم مزية للتأمين . (٢) ولما كان المنتفع لايتلقى حقه من المشترط بل يكسبه مباشرة من عقد الاشتراط فيصبح دائناً للمتعهد ، فإن دائنى المتعهد ، وقد أصبح المنتفع واحداً منهم ، يشاركون المنتفع مشاركة الغرماء فى استيفاء حقوقهم من مال المتعهد . وأما النتائج التى تترتب على أن حق المنتفع المباشر مصدره العقد الذى تم مابين المشترط والمتعهد فمنها : (١) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، فهو يوجد منذ صدور هذا العقد ، لا من وقت إعلان المنتفع رغبته فى الاستفادة من الاشتراط . فإذا فقد المتعهد أهليته فى الفترة مابين صدور العقد وصدور رغبة المنتفع ، لم يكن هذا مانعا للمنتفع من أن يعلن رغبته . (٢) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، فإن المتعهد يستطيع أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفوع الجائزة فى هذا العقد ، فله أن يطعن فيه بأى وجه من وجوه البطلان ، وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب بالفسخ .

= لما أمكن أن يتمسك المتعهد قبل المنتفع بالدفوع الواردة على عقد الاشتراط ، ولكان للمتعهد وحده لا للمشترط حق النقض إلى أن يصدر إقرار المنتفع .

والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التى كانت تقضى بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير ، ثم إذا وصلوا إلى المكان الذى يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع نسوا ماقرروه من قبل ، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة ذاتها التى سبق لهم أن أنكروها ! فلايجرؤ فقيه على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الاشتراط ، خوفاً من أن يصطدم بهذه القاعدة !

وحق المنتفع قابل للنقض إلى أن يصدر منه إقرار لهذا الحق[١] . والذى يثبت له حق النقض هو المشترط . إلا إذا نزل عنه صراحة أو ضمنا [٢]. وهو حق لاصق بشخص المشترط . فلا يجوز لدائنى المشترط أن يستعملوه باسمه ولا ينتقل إلى الورثة . ويوجه المشترط النقض إلى المتعهد أو المنتفع . ولكن يجب إعلان المتعهد دائماً بالنقض حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المنتفع . وليس للنقض شكل خاص . وكما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمنياً [٣]. وإذا نقض المشترط حق المنتفع ، ولم يعين منتفعاً آخر ، ولم يبرئ ذمة المتعهد ، فإن الحق ينصرف إليه هو . ويعتبر أنه ثابت له من وقت العقد لا من وقت النقض وبذلك ينقلب الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عادى لا ينصرف أثره إلا للمتعاقدين .

ولا ينقطع حق النقض إلا إذا صدر إقرار المنتفع . فإقرار المنتفع هو إذن تثبيت لحقه . ولا بد من صدور هذا الإقرار حتى لا يثبت للمنتفع حق دون رضاه . فإذا صدر الإقرار . تثبت الحق ، واعتبر موجودا من وقت العقد لا من وقت الإقرار والإقرار قد يكون صريحاً أو ضمنياً . ويوجه للمتعهد أو للمشترط . ولكن لا بد من إعلانه للمتعهد حتى يسرى فى حقه . ويستطيع المنتفع أن يصدر إقراره فى أى وقت شاء ، مادام المشترط لم ينقض الحق[٤]. فإذا صدر الإقرار وصار الحق غير قابل للنقض . كان المدين بهذا الحق هو

---

(١) وإذا توفى المنتفع قبل صدور إقراره ، انتقل حق الإقرار إلى ورثته ، ما لم يتبين أن المشترط قد قصد صراحة أو ضمنا قصر الحق على المنتفع وحده (أنور سلطان فقرة ٢٩٨ ص ٣٥٦ – عبد الحى حجازى فقرة ٥٠٠) .

(٢) وقد يكون حق النقض مخالفاً لما يقتضيه العقد ، فلا يقوم . مثل ذلك أن يبيع شخص عقاراً مرهوناً ويشترط على المشترى دفع بعض الثمن سداداً للدين المضمون بالرهن ، فهنا يكون عدم جواز نقض الاشتراط لمصلحة الدائن المرتهن يقتضيه العقد لما للمشترى من مصلحة فى تخليص العقار من الرهن ، فلا يجوز فى هذه الحالة للبائع الرجوع فى هذا الاشتراط (قارن مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٥ ، حيث ذكر مثل أن يكون حق المنتفع هبة من المشترط لا يجوز فيها الرجوع . والمثل غير دقيق ، لأن محل النظر فى عدم جواز الرجوع فى الهبة إنما يأتى بعد أن يصبح حق المنتفع غير قابل للنقض بقبوله للاشتراط ، أما قبل القبول فيجوز للمشترط الرجوع فى اشتراطه ولو كان هبة لا يجوز فيها الرجوع بعد قبول المنتفع – انظر فى هذا المعنى أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٠٠ هامش ٢) .

(٣) نقض مدنى ١١ يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧١ ص ٤٧٣ .

(٤) نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص ٣٠ .

المتعهد أو ورثته . فإذا استحال التنفيذ جازت المطالبة بالتعويض ، ولكن لا يجوز للمنتفع أن يطلب فسخ العقد لأنه ليس طرفاً فيه ، والذى تجوز له المطالبة بالفسخ هو المشترط . وقد يرفض المنتفع الحق الذى اشترط لمصلحته[1] ، فينصرف الحق إلى المشترط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض ، إلا إذا عين المشترط منتفعاً آخر فيثبت حق هذا المنتفع الآخر من وقت العقد لا من وقت تعيينه .

الفرع الثانى

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع

٢٥٥ — **نسبية العقد من حيث الموضوع** : العقد نسبى أيضاً فى أثر قوته الملزمة من حيث موضوع التعاقد . والملتزم بالعقد مسئول عن التزامه ، وهذه المسئولية هى التى نسميها بالمسئولية العقدية . وهى الجزاء الذى يكفل قوة العقد الملزمة . فنبحث إذن أمرين : (١) تحديد موضوع التعاقد . (٢) المسئولية العقدية .

المبحث الأول

تحديد موضوع التعاقد

٢٥٦ — **كيف يكون تحديد موضوع التعاقد** : لا يلتزم المتعاقد إلا بما ورد فى العقد . ولكن هذا الذى ورد فى العقد قد يكون فى حاجة إلى التفسير . فإذا فسره القاضى ، وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه ليبين مدى ما أنشأ من الالتزامات . ثم وجب على الملتزم ، بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه ، أن يقوم بالتزاماته كما تحددت دون نقص أو زيادة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين .

---

(١) ولما كان الحق قد ثبت للمنتفع من وقت الاشتراط لمصلحته وليس إقراره له إلا تثبيتاً وحماية له من النقض ، فرفض المنتفع للحق بعد أن ثبت له يعتبر تصرفا قانونيا مفقراً أسقط به حقا ثابتا ، ومن ثم يجوز لدائنى المنتفع الطعن فى هذا الرفض بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها (سليمان مرقس فقرة ٣٢٥ — عكس ذلك أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٣٢٦ ص ٣٠٢) .

فنتكلم إذن فى مسائل ثلاث : (١) تفسير العقد . (٢) تحديد نطاق العقد . (٣) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين .

المطلب الأول

تفسير العقد(*)

٢٥٧ – حالات التفسير الثلاث : توجد حالات ثلاث فى تفسير العقد، كل حالة تحكمها قاعدة قانونية ملزمة : (١) فإذا كانت عبارة العقد واضحة ، لم يجز الانحراف عن المعنى الظاهر . (٢) أما إذا كانت العبارة غير واضحة ، فإنه يجب تبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين عن طريق التفسير . (٣) فإذا قام شك فى تبين هذه الإرادة ، فسر الشك لمصلحة الملتزم فى غير عقود الإذعان(١) . ونبحث كلا من هذه الحالات الثلاث .

(*) مراجع : ديريه (Dereux) فى تفسير التصرفات القانونية رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ – جونو (Gounot) رسالة من ديجون سنة ١٩١٢ – جينى (Gény) فى طرق التفسير سنة ١٩١٩ – سالى (Saleilles) فى الالتزامات فى القانون الألمانى . وفى إعلان الإرادة – مارتى (Marty) فى التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة النقض تولوز سنة ١٩٢٩ .

(١) وهذه القواعد الثلاث قواعد قانونية . فتعتبر من مسائل القانون . ويلتزم القاضى باتباعها تحت رقابة محكمة النقض . ويكشف القاضى ، ملتزماً هذه القواعد ، عن إرادة المتعاقدين ، وله سلطة التقدير فى الكشف عنها . وهى سلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ – ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٧ ص ٣٢٧ – ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٩ ص ٢٦٤ – ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ ص ٦٨٠) . ولكنه يتقيد مع ذلك قانونا – ويخضع لرقابة محكمة النقض – بقاعدة جوهرية بسطتها محكمة النقض فى كثير من أحكامها . ذلك أن قاضى الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذى ثبت عنده ، يجب أن يكون هذا الواقع ثابتا من مصادر موجودة فعلا لا وهما ، غير مناقضة للثابت فى الدعوى ، وتؤدى عقلا لاستخلاص الواقعة التى تثبت عند القاضى . فإذا أثبت القاضى مصدراً للواقعة وهمياً لا وجود له ، أو موجوداً ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه كما فعل هو ، كان حكمه مخالفاً للقانون ووجب نقضه (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ ص ٣٢٨ – ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠).

ومتى كشف القاضى عن إرادة المتعاقدين على النحو المتقدم ، كيفها بعد ذلك التكييف القانونى الصحيح غير متقيد بتكييف المتعاقدين ، ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية ، وهو خاضع =

§ ١ – عبارة العقد واضحة

٢٥٨ – لا يجوز الانحراف عن المعنى الظاهر : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ مدنى على أنه « إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » (١) . فإذا كانت عبارة العقد واضحة ، فإن محكمة النقض لا تجيز لقاضى الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر . وتعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسخاً وتشويهاً مما يوجب نقض الحكم(٢) .

ولكن قاضى الموضوع قد يرى نفسه مع ذلك فى حاجة إلى تفسير العبارة الواضحة . وذلك بشرطين : (الشرط الأول) هو أن يفرض بادئ الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان(٣) ، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعانى إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يدل

= فى التكييف وما رتبه عليه من آثار لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٨ ص ١٩٢ – ٧ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٤٤ – ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦١ ص ١٠٢٨ – ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٢ ص ١٠٣٧ – ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٦ ص ١٠٦١ – ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩١ ص ١١٩٣) وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العبرة فى تكييف العقود هى بحقيقة الواقع والنية المشتركة التى اتجهت إليها إرادة المتعاقدين دون اعتداد بالألفاظ التى استخدماها أو بالتكييف الذى أسبغاه على العقد (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٧ ص ٨١٠ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٨٠ ص ١١٤٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥١/١ (مطابق) – الليبى م ١٥٢/١ (مطابق) – العراقى م ١٥٥ (موافق) . اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٦ ص ٣٩٠ – ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٢٩ ص ٨٨٩ – ٢٦ يناير سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥ ص ٦٠ – ٤ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٤ ص ٤٤٤ – أول فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٢٣ ص ١٤٨ – ١٥ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٨ ص ٢٤٦ – ١٥ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٤٠ ص ٢٥٩ .

(٣) نقض مدنى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٨ ص ٨٢٤ .

على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح فى معنى آخر . فى هذه الحالة يفسر القاضى اللفظ الواضح ، وينحرف عن معناه الظاهر إلى المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان . (والشرط الثانى) أن يبين القاضى فى حكمه ظروف الدعوى والأسباب التى حملته على الانحراف عن المعنى الواضح ، فإن قصر حكمه فى ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانونا أن ينبنى عليها [1] .

٢٥٩ — رقابة محكمة النقض فى تفسير العبارات الواضحة : ويخلص مما تقدم أن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع فى تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم . فإذا التزمت محكمة الموضوع المعنى الظاهر للفظ الواضح لم تكن فى حاجة إلى تسبيب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الظاهر للفظ الواضح . أما إذا عدلت عن هذا المعنى الظاهر ، فإنه يجب عليها أن تبين فى أسباب الحكم لم كان هذا العدول ، ومحكمة النقض تراقب هذه الأسباب ، فإن اقتنعت بأن العدول قد قام على اعتبارات تسوغه سلم الحكم من النقض ، وإلا نقض لقصور التسبيب .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هى أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها . ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، بشرط أن تبين فى أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذى اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها أخذت فى تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها . فإن قصر حكمها فى ذلك ، كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانونا أن ينبنى عليها (نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤١ ص ٨٣ — ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨ ص ٣٦ — ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص ١٤٤ — ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٢٩ ص ٨٨٩ — ٢٤ يناير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١ ص ٩٨ — ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٦ ص ٨٠٨ — ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٨ ص ٨٢٤ — ٣١ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٠ ص ٧٣٤ — ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٦٨ ص ٤١٨ .

§ ٢ – عبارة العقد غير واضحة

٢٦٠ – البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين : تنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ مدنى على ما يأتى : « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات »[1] . والمفروض أن عبارة العقد غير واضحة تحتمل أكثر من معنى ، فهى فى حاجة إلى التفسير . وأول ما يستبعد من هذه المعانى المحتملة هو المعنى الحرفى للألفاظ . فهذا المعنى لا يجوز الوقوف عنده لأنه ليس هو حتماً المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان . ويجب على القاضى أن يستخلص من ظروف الدعوى هذا المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان معاً ، أى الإرادة المشتركة للمتعاقدين . لأن هذه الإرادة المشتركة هى التى التقى عندها المتعاقدان فهى التى يؤخذ بها ، دون اعتداد بما لأى متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق معه فيها المتعاقد الآخر .

٢٦١ – العوامل التى يستهدى بها القاضى للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين : ويستهدى القاضى للكشف عن هذه الإرادة المشتركة للمتعاقدين بعوامل جاء ذكر بعضها فى نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٠مدنى سالفة الذكر . فهو يستهدى « بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات » . والعوامل التى يستهدى بها القاضى يمكن تقسيمها إلى عوامل داخلية تكون فى العقد ذاته ، وعوامل خارجية ليست فى العقد .

فمن العوامل الداخلية طبيعة التعامل ، أى طبيعة العقد وموضوعه . فإذا احتملت العبارة معانى مختلفة ، اختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد . فإذا اشترط المعير فى عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشىء أو مثله ، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادا عارية استهلاك ، بل قصد المعير أن يلزم المستعير

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢/١٥١ (مطابق) – الليبى م ٢/١٥٢ (مطابق) – العراقى م ١٥٦ – م ١٦٥ (موافق) – اللبنانى م ٢٢١ وم ٣٦٦ – م ٣٦٨ (موافق) .

فى حالة هلاك الشيء برد مثله لا بأن يدفع تعويضا . وإذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه فى الميراث ، فسر ذلك تبعاً لطبيعة التخارج بأنه يتنازل عن جميع حقوقه فى التركة التى يتخارج فيها حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولا منه ، ولكن لا يشمل التخارج حقوقاً موروثة من تركة أخرى . ومن العوامل الداخلية أيضاً ما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين[1] . والأمانة واجب على المتعاقد ، والثقة حق له . فمن وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة فى التعامل . فإذا استطاع أن يتبين خطأ فى التعبير قضت الأمانة ألا يستغل هذا الخطأ . ويقابل واجب الأمانة حق الثقة . فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذى قصد إليه الموجب . ومن العوامل الداخلية كذلك أنه إذا احتملت العبارة أكثر من معنى وكان أحد هذه المعانى هو الذى ينتج أثراً قانونياً حملت العبارة عليه ، إذ إعمال الكلام خير من إهماله . فإذا اشترط الدائن أن يستولى على ريع الأرض فى نظير الفوائد وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا عند سداد الدين ، فإذا فسر هذا العقد بأنه غاروقة فإنه لا ينتج أثراً قانونياً لأن الغاروقة ألغيت بإلغاء الأراضى الخراجية . فيفسر على أنه رهن حيازة فلا يستولى الدائن على ما يزيد على الحد الأقصى الذى يجوز الاتفاق عليه من الفوائد[2] .

---

(١) نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١ ص ١٣ .

(٢) ومن العوامل الداخلية فى التفسير أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم . فإذا باع شخص أرضاً زراعية ، وكان من توابعها مواش خصت بالذكر فى عقد البيع ، فليس هذا معناه أن المواشى وحدها هى التى تدخل ضمن الشيء المبيع ، فكل التوابع الأخرى من آلات زراعية ومخازن ومبان ونحو ذلك يدخل أيضاً . أما تخصيص المواشى بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشيا أن يقوم شك فى أن البيع يشملها أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة على هذه المواشى فأفرداها بالذكر . ومن العوامل الداخلية كذلك أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً ، فقد تكون هناك عبارة مطلقة تحددها عبارة سابقة أو لاحقة ، وقد تقرر العبارة أصلا يرد عليه استثناء بذكر قبلها أو بعدها ، وقد تكون العبارة مبهمة تفسرها عبارة وردت فى موضع آخر . فإذا باع شخص مفروشات منزله ، ثم عين هذه المفروشات فى مكان آخر من العقد ، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى إذ الخاص يقيد العام ، ولا يدخل فى المبيع ما لم يذكر فى المفروشات المعينة حتى لو كان داخلا ضمن مفروشات المنزل .

وانظر نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١ ص ١ – ٧ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٤ ص ٦٧٢ – ١٤ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٤ ص ٤٠٤

ومن العوامل الخارجية فى تفسير العقد العرف الجارى فى التعامل ، فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها فى ضوء هذا العرف [١] . ومن العوامل الخارجية أيضاً الطريقة التى ينفذ بها المتعاقدان العقد [٢] ، فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة بين الزمن ، فسرت إرادتهما المشتركة فى ضوء طريقة التنفيذ التى تراضيا عليها . فإذا اعتاد المستأجر مدة من الزمن أن يدفع الأجرة فى محل المؤجر ، حمل ذلك على أن المتعاقدين أرادا مخالفة القاعدة العامة من أن الأجرة تدفع فى محل المستأجر واتفقا على دفعها فى محل المؤجر [٣] .

§ ٣ – قيام الشك فى التعرف على إرادة المتعاقدين

٢٦٢ – يفسر الشك فى مصلحة المدين : تنص المادة ١٥١ مدنى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القاضى يفسر العقد مع مراعاة العرف الجارى . فله أن يقضى بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ فى طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلا لحق ارتفاق الجار المرتفق بالمطل والنور والهواء (نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٥ ص ١٣٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف يقضى بأن يكون أجر السمسار ٢,٥ ٪ من قيمة الصفقة (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٠٩) . ويجب أن يكون العرف مستقراً ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف الذى يقضى بأن يكون نزح البئر فى جهة رمل الإسكندرية على المستأجر ليس عرفاً مستقراً (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد استخلص النية المشتركة للمتعاقدين على أنها قد انصرفت إلى قسمة الأموال المشتركة قسمة تمليك لا قسمة انتفاع ، مستهدياً فى ذلك بمدلول عبارة العقد وبطريقة تنفيذه ، وكان هذا الذى استخلصه الحكم هو استخلاص سائغ مما تحتمله عبارة العقد ، فإن النعى عليه بالخطأ فى وصف العقد يكون على غير أساس (نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٤ ص ٦٨٧) . وانظر نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٦ ص ٥٧١ – ١٠ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٩٥ ص ٦٢٩ – ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٣ ص ٦٩٣ .

(٣) واستخلاص نية المتعاقدين من وقائع الدعوى على هذا النحو مسألة واقع لا رقابة فيها لمحكمة النقض ، متى كان الحكم مستمداً من أوراق الدعوى ولا يخالف الثابت فيها (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥١ ص ١٠١٦ – ٦ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٥٤ ص ٤٤٣ – ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣ – ١٣ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦ – ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥ ص ٦٢ – ٢٠ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٩ ص ٢٢٣ – ١٩ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٣ ص ٤٠٦) .

على أنه : « ١ — يفسر الشك في مصلحة المدين . ٢ — ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن »[١] . فإذا قام شك في مدى التزام المدين بعقد ، فسر هذا الشك في مصلحته وأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد هذا المدى ، وذلك للمبررات الآتية : (١) الأصل براءة الذمة والالتزام هو الاستثناء . والاستثناء لايتوسع فيه . هذا إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحمله عبارات العقد ، فلايمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا في حدود هذا المدى الضيق . (٢) ثم إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام ، فإذا كان هناك شك في الالتزام من حيث مداه ، وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع ، كان عاجزاً عن إثبات ذلك ، فلايبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل .(٣) ويقال أيضاً في تبرير القاعدة إن الالتزام يمليه الدائن لا المدين ، فإذا أملاه مبهماً يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه ، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين. إذ كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً لاشك فيه[٢] .

ونطاق تطبيق هذه القاعدة أن يكون هناك شك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ولاترجيح لوجه على وجه . أما إذا استحال التفسير ،ولم يستطع القاضي أن يتبين أي وجه لتفسير العقد ، فهذه قرينة على أنه ليست هناك إرادة مشتركة للمتعاقدين ، بل أراد كل منهما شيئاً لم يرده الآخر . فلم ينعقد العقد . ولابد من جهة أخرى أن يكون الشك مما يتعذر جلاؤه ، فإذا أمكن القاضي أن يكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين مهما كان هذا عسيراً ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٥٢ (مطابق) — الليبي م ١٥٣ (مطابق) — العراقي م ١٦٦ وم ٣/١٦٧ (موافق) — اللبناني م ٣٦٩ (موافق) .

(٢) وهذا الاعتبار يبرر في الوقت ذاته لماذا نص القانون على أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن حتى لوكان دائناً ، فإن عقد الإذعان يمليه الطرف القوى على الطرف المذعن ولو كان هذا الطرف المذعن هو الدائن . فيفسر الالتزام لمصلحة من أملي عليه وهو الطرف المذعن ولو كان دائناً .

واستطاع أن يزيح عنها الشك ، وجب عليه تفسير العقد بموجب هذه الإرادة المشتركة ولو كان التفسير فى غير مصلحة المدين[١] .

ويرد على القاعدة استثناء هو أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن دائماً ، ولو كان هو الدائن . وقد مر بيان ذلك عند الكلام فى عقود الإذعان[٢] .

٢٦٣ – تطبيقات للقاعدة : فإذا كان هناك شك فى وجوب إعذار المدين ، فسر هذا الشك فى مصلحته ووجب الإعذار[٣] . وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزائى مستحقاً فى حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق إلا فى حالة عدم التنفيذ ، كان الشرط غير مستحق إلا فى حالة عدم التنفيذ[٤]. وإذا كان المدين ملتزماً بإنشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية إنشاء هذه الطرق ، كان له أن يتبع ما هو أيسر وأخف مؤونة[٥] . وإذا اشترطت العمولة عند تمام صفقة ولم يذكر متى تدفع كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها[٦] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاشتباه فى الغرض المقصود من المشارطة الذى يجب معه تفسير المشارطة بما فيه الفائدة للمتعهد هو الاشتباه الذى يقوم فى نفس القاضى لخلو الدعوى من دليل مقنع ، فإذا كان المستفاد من الحكم أن المحكمة قد استخلصت فى اقتناع تام من أدلة الدعوى المرفوعة على المشترى بمطالبته بثمن القطن المبيع له أنه تسلم المبيع ، ثم قضت بإلزامه بالثمن ، فإن حكمها يكون سليما ولا غبار عليه (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٧٩ .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ .

(٤) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ – ١١ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ .

(٥) استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٩ .

(٦) محكمة الإسكندرية المختلطة ١٣ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ٢٨٧ ص ١٦٥ – وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٥ ص ٧٣ – استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨ .

المطلب الثانى

تحديد نطاق العقد

٢٦٤ – التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه : هناك ثلاث مسائل يجب تمييزها بعضها عن بعض : تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه . وأول مسألة تعرض من هذه المسائل الثلاث هي تفسير العقد . فإذا فرغ القاضي من التفسير واستخلص الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، انتقل إلى تحديد نطاق العقد . فلا يقتصر في هذا التحديد على ما ورد في العقد وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين ، بل يجاوز ذلك إلى ما لم تتعلق به هذه الإرادة المشتركة ولكنه من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام . ثم ينتقل القاضي ، بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه ، إلى المسألة الثالثة وهي تنفيذ العقد ، فيلزم المتعاقدين بتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه — والمشتملات يعرفها القاضي عن طريق التفسير وتحديد النطاق — ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

وقد فرغنا من الكلام في تفسير العقد . فننتقل الآن إلى الكلام في تحديد نطاقه .

٢٦٥ – العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تحديد نطاق العقد : تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ مدنى على ما يأتى : « ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكنه يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام »[1] . فيضيف القاضي ، لتحديد نطاق العقد ، شيئاً جديداً لا تتناوله الإرادة المشتركة للمتعاقدين . وهذا الشيء الجديد هو ما يستلزمه العقد ، وفقاً لعوامل يسترشد بها القاضي وأهمها : (١) طبيعة الالتزام (nature de l'obligation) . (٢) القانون في أحكامه

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٩ / ٢ (مطابق) – الليبى ١٤٨ / ٢ (مطابق) – العراقي م ١٥٠ / ٢ (مطابق) – اللبناني م ٣٧٠ – ٣٧١ (موافق) .

التكميلية والمفسرة (lois supplétoires et interprétatives) ، (٣) العرف والشروط المألوفة (usage et clauses de style) . (٤) العدالة (équité) .

فطبيعة الالتزام تملى على القاضى أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة . فمن باع عيناً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لماتقتضيه طبيعة الأشياء . ومن باع متجراً وجب عليه أن يسلم المشترى السجلات التى تبين ما على المتجر من ديون وماله من حقوق وما يتصل به من عملاء ونحو ذلك[1].

والقوانين التكميلية والمفسرة تعين القاضى على استكمال العقد فيما تركه المتعاقدان من تفصيلات لم يتوقعاها أو تركاها لأحكام القانون . فإذا أغفل المتبايعان ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه وما يلتزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية . فكل هذه التفصيلات قد بين القانون أحكامها فى نصوص عقد البيع ، وجعل هذه الأحكام أحكاما تكميلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها ، وأحكاما تفسيرية تكشف عن إرادة المتعاقدين إذا كان المتعاقدان قد توقعا مايعرض لهما من ذلك واعتمدا على هذه الأحكام المفسرة[2] .

وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد يكون كذلك من عوامل

---

(١) ويقول الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه إن القضاء الفرنسى يضيف إلى نطاق العقد التزامات ثلاثة يستخلصها من طبيعة العقد : الالتزام الأول هو العمل بحسن نية (agir de bonne foi) ، وظاهر أن هذا الالتزام يتصل بتنفيذ العقد لا بتحديد نطاقه . والالتزام الثانى هو التزام الضمان (obligation de garantie) ، وقد نظم القانون التزام الضمان هذا فى بعض العقود كالبيع والإيجار ، ولكنه التزام قائم فى كل العقود التى تقتضى طبيعتها ذلك . والالتزام الثالث هو ضمان السلامة (obligation de securité) ، وهو التزام تقتضيه طبيعة بعض العقود . فعقد العمل يقتضى أن يضمن رب العمل سلامة العمال ، وعقد نقل الأشخاص يقتضى أن يضمن أمين النقل سلامة الأشخاص الذين ينقلهم من مكان إلى آخر (بلانيول وريبير وبولانجيه سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٤٥٥ – فقرة ٤٥٩ وفقرة ٩٥٨ – فقرة ٩٦٣) .

(٢) ولما كانت هذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التى افترضها القانون أوكشف عنها ، فإن المتعاقدين يستطيعان أن يتفقا صراحة أو ضمنا على استبعادها أو تعديلها أو تقييدها على النحو الذى يريانه . فهى ليست من النظام العام ، وإذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين ، فهذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس .

تحديد نطاقه ، فهو يجرى مجرى القانون ويكمل نطاق العقد بوجه خاص فى المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجارى. ويتصل بالعرف الشروط المألوفة ، فتضاف إلى العقد الشروط التى جرت العادة بإدراجها فيه ولو لم تدرج فعلا ، لأنها أصبحت عرفاً خاصاً بهذا العقد . مثل ذلك ماجرت به العادة فى الفنادق والمطاعم والمقاهى من أن يضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفح بها الخدم . فهذا شرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يره مكتوباً .

وقد يسترشد القاضى بقواعد العدالة فى استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه . فبائع المتجر يلتزم نحو المشترى بألا ينافسه منافسة ينتزع بها عملاء المتجر ، وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر فى العقد . والعامل الفنى إذا عمل فى مصنع فاطلع على أسراره بحكم عمله يلتزم بألا يبوح بهذه الأسرار لمصنع منافس . ولو لم يشترط عليه ذلك .

المطلب الثالث

إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

٢٦٦ — القاعدة العامة والاستثناء منها : القاعدة العامة هى أن العقد شريعة المتعاقدين . فالواجب إذن تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه . ويرد على هذه القاعدة استثناءات أهمها ماتقضى به نظرية الحوادث الطارئة من جواز تعديل القاضى للعقد .

فنبحث إذن مسألتين : (١) القاعدة وهى تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه . (٢) ثم الاستثناء وهو ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة .

§ ١ — تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه

٢٦٧ — العقد شريعة المتعاقدين : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ مدنى على أن « العقد شريعة المتعاقدين ، فلايجوز نقضه ولاتعديله إلا باتفاق

الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون »[١] . فيطبق القاضي العقد ، ليلزم المتعاقدين بتنفيذه ، كما لو كان يطبق قانوناً[٢] ، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة فيما بين المتعاقدين . بل هو ينسخ القانون فيما يخرج منه عن دائرة النظام العام والآداب . وقد رأينا أن الأحكام القانونية التي تخرج عن هذه الدائرة ليست إلا أحكاماً تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين . فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما المشتركة تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد ، كان العقد هو القانون الذي يسري عليهما . وتوارى البديل أمام الأصيل .

٢٦٨ — فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون : ويترتب على أن العقد شريعة المتعاقدين أنه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون . فلا يجوز نقضه ولا تعديله من جهة القاضي ، بدعوى أن النقض أو التعديل تقتضيه العدالة . ولا يجوز نقضه ولا تعديله من جهة أي من المتعاقدين . فإن العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة[٣] .

ويجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين ، إما باتفاقهما على ذلك عند النقض أو التعديل ، أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما . كما يجوز نقض العقد أو تعديله لسبب يقره القانون . . فهناك عقود ينص

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٤٨ / ١ (مطابق) — الليبي م ١٤٧ / ١ (مطابق) — العراقي م ١٤٦ / ١ (موافق) — اللبناني م ٢٢١ (موافق) .

(٢) وليس هذا معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق . وقد عقد جوسران (جزء ٢ فقرة ٢٤٧ — فقرة ٢٤٨) موازنة بين العقد والقانون . أما وجوه الشبه ففي أن كلا منهما ملزم ، وفي أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو عرف ، وفي أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بعين الطريقة التي صنع بها كل منهما ، وفي أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لمقتضيات العدالة وحسن النية . ووجوه الخلاف هي أن العقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام أما القانون فيلغي قانوناً آخر مثله ولو كان معتبراً من النظام العام ، والعقد قد يحل بإرادة واحدة فيمكن إذن حله بطريقة غير التي صنع بها في أحوال استثنائية بخلاف القانون فلا يلغى إلا بالطريقة التي صنع بها . وتفسير العقد مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها أما تفسير القانون فمسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

(٣) نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١ ص ٩٨ .

القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها كالوكالة والوديعة ، أو ينص القانون على جواز تعديلها كالشرط الجزائي ومنح المدين نظرة الميسرة وأجر الوكيل ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فى نظرية الحوادث الطارئة التى سيأتى بيانها .

٢٦٩ – ولكن يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية : وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ مدنى على أنه « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » (١) . ذلك أن حسن النية هو الذى يسود فى جميع العقود ، ولم يعد هناك ، كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، عقود حرفية التنفيذ (contrats de droit strict) وعقود رائدها حسن النية (contrats de bonne foi)، بل العقود جميعها فى القانون الحديث قوامها فى التنفيذ حسن النية . ويترتب على وجوب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقود أن المقاول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء ، وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن ، وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة إلى صاحبها .

ويجزى القانون حسن النية فى تنفيذ العقد ، فيمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان فى عدم تنفيذه للعقد حسن النية . ويجازى سوء النية فى تنفيذ العقد ، فيلزم المدين فى المسئولية العقدية بالتعويض عن الضرر غير المتوقع إذا كان قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيما (٢) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٩ / ١ (مطابق) – الليبى م ١٤٨ / ١ (مطابق) – العراقى م ١٥٠ / ١ (مطابق) – اللبنانى م ٢٢١ (موافق) .

(٢) وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية فى التنفيذ فى صورة التزام بالتعاون ، فيتعاون كل من المتعاقدين مع صاحبه فى تنفيذ العقد . فى عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء ملحوظ ، حتى أن القانون يجيز حل الشركة او أخل أحد الشركاء بهذا الواجب . ولايجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة ، التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة . ويجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها . وعلى الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية ، عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة ، وعلى أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف . وعلى المشترى أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع فى وقت ملائم ؛ وإذا كشف عيباً فى المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به فى خلال مدة معقولة .

ويمكن القول بوجه عام إن التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغني في بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فإن المتعاقد الذي يحيد عن حسن النية في المطالبة بحقه يكون مسئولا على أساس المسئولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدي من وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد ، قبل أن يكون مسئولا على أساس المسئولية التقصيرية للتعسف في استعمال الحق .

§ ٢ – نظرية الحوادث الطارئة(*)

(Théorie de l'imprévision)

٢٧٠ – نظرة عامة : إذا تراخى وقت تنفيذ العقد إلى أمد ، كما هي الحال في عقد التوريد أو في عقد البيع المؤجل الثمن ، ثم طرأ حادث لم يكن في الحسبان تسبب في اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيراً ، كأن ارتفع سعر السلعة التي تعهد المدين بتوريدها ارتفاعا فاحشاً أو انخفضت قيمة المبيع انخفاضاً كبيراً بحيث أصبح تنفيذ المدين للعقد يتهدده بخسارة فادحة ، فهل يبقى المدين ملتزماً بتنفيذ العقد كما هو ؟ لو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لكان قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام ، أو لو كان من شأنه أن يعود على المدين بخسارة لا تجاوز المألوف لما كان له من أثر ولالتزم المدين بتنفيذ التزامه كاملا . ولكنه من جهة لم يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ،

(*) مراجع : برينيه (Brunet) رسالة من إكس سنة ١٩١٧ – سان مارك (Saint Marc) رسالة من باريس سنة ١٩١٨ – جيليت (Gueulette) رسالة من باريس سنة ١٩١٩ – موري (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ – ردوان (Redouan) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ – فيو (Fyot) رسالة من ديجون سنة ١٩٢١ – بريزان (Bruzin) رسالة من بوردو سنة ١٩٢٢ – فواران (Voirin) رسالة من نانسي سنة ١٩٢٢ – لابير (Lapeyre) رسالة من بواتييه سنة ١٩٢٣ – مانيان دي بورنييه (Magnan de Bornier) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٢٤ – ديجونكير (Deajonquères) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ – جاكمار (Jacquemard) رسالة من الجزائر سنة ١٩٢٨ – أوفني (Anveny) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ – دي جودان دي لاجرانج (De Gaudin de Lagrange) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٥ – بارير (Barreyre) رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ – فولا (Foula) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – زاكساس (Zackeas) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ – عبد السلام الترمانيني رسالة (على الآلة الكاتبة) من باريس سنة ١٩٦٤ .

ومن جهة أخرى جعل الالتزام مرهقاً يهدد المدين بخسارة تخرج عن الحد المألوف . من أجل هذا الوضع وجدت نظرية الحوادث الطارئة لتقرر أن التزام المدين لا ينقضي لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة ، ولا يبقى هذا الالتزام كما هو لأنه مرهق ، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطيق المدين تنفيذه ، يطيقه بمشقة ولكن في غير إرهاق(١) .

ونظرية الحوادث الطارئة مرت بمراحل من التطور ، فنتكلم في تطورها التاريخي ، ثم في أحكامها في التقنين المدني .

١ – التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة

٢٧١ – النظرية في القوانين القديمة : لما كانت نظرية الظروف الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة ، لذلك لا نسمع لها صدى في القانون الروماني . ولكنها ظهرت في العصور الوسطى في القوانين المشبعة بالروح الدينية لما ذا من جانب أدبي بارز ، إذ هي تسعف المتعاقد المنكوب عندما يختل التوازن الاقتصادي للعقد . فقد كان الفقه الكنسي يرتب على الحوادث الطارئة أثراً قانونياً ، إذ ينجم عنها غبن والغبن لا يجوز سواء عاصر تكوين العقد أو جد عند تنفيذه ، فهو ضرب من الربا المحرم لا يحل أكله . وقامت الصياغة الفنية للنظرية في القانون الكنسي على أساس قاعدة تغير الظروف (rebus sic stantibus) ، فيفترض في العقد شرط ضمني هو أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغيراً جوهرياً ، فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وجب تعديل العقد لنزول هذا الحيف . ويسلم رجال الفقه الإسلامي بنظرية الحوادث

---

(١) ونظرية الحوادث الطارئة ، وهي تقوم في مرحلة تنفيذ العقد ، تقابل نظريتي الاستغلال والإذعان وهما تقومان في مرحلة تكوين العقد . فهي مثل نظيرتيها تصلح اختلال التوازن ، هاتان تصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوى ، وتلك تصلح التوازن من طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف . على أن اختلال التوازن في نظرية الحوادث الطارئة يرجع إلى حادث لا يد فيه لأي من المتعاقدين ومن ثم تتوزع تبعه بينهما ، وفي النظريتين الأخيرتين يرجع اختلال التوازن إلى استغلال القوى من المتعاقدين للضعيف منهما ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن .

الطارئة في بعض العقود ، وبخاصة في عقد الإيجار ، فينفسخ الإيجار بالعذر في مذهب الحنفية ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر(١).

٢٧٢ - النظرية في القانون الحديث — انحسارها في القانون الخاص :
ثم ما لبثت النظرية أن انتكصت على أيدى المدنيين من رجال القانون الفرنسى القديم المتشبعين بالقانون الرومانى . وثبت القانون الحديث على هذا الموقف ، فلم يقر النظرية لا فقهاً ولا قضاء .

فجمهرة الفقهاء تقول إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع ، فإذا جدت أحوال تقتضى تدخل المشرع عولجت بالتشريع الخاص المناسب وبقدر الحاجة . وهذا ما فعله المشرع فى مصر وفى فرنسا على أثر الحربين العالميتين فى تأجيل الديون ، وفى عقود الإيجار ، وفى تحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية .

أما القضاء المدنى فلم يقر النظرية ، لافى فرنسا ولا فى مصر . فقد أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقود التأمين من خطر التجنيد وقت أن كانت الجندية فى فرنسا بالاقتراع ، ثم زيد عدد الجيش مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالا ، فزاد الخطر الذى تتعرض له شركات التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارئ(٢) . والقضاء المصرى ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، كالقضاء الفرنسى لم يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . وقد اضطرد القضاء المختلط فى هذا المعنى ، فعنده أن الالتزام إذا كان تنفيذه ممكناً وجب القيام به حتى لوكان مرهقاً للمدين(٣) . وكذلك القضاء الوطنى لم يقر نظرية الحوادث الطارئة ، وقد كانت محكمة استئناف مصر أخذت بالنظرية

---

(١) البدائع ٤ ص ١٩٧ .

(٢) نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٥٦ سيريه ٥٦ - ١ - ١٢٩ - انظر أيضاً أحكاما رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة : نقض فرنسى ١٧ يونيه سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ - ١ - ١٠٩ - ٦ يونيه سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢١ - ١ - ١٩٣ .

(٣) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٠٨ - ٦ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٨ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢ - ٢٦ نوفبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٥ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ - ٣ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٣ .

فى حكم لها معروف[1] ، ولكن هذا الحكم الفذ مالبث أن نقضته محكمة النقض[2] .

٢٧٣ – ازدهار النظرية فى القانون العام : على أن نظرية الظروف الطارئة ، إذا كانت قد اندثرت فى القانون الخاص ، فقد ازدهرت فى القانون العام . بدأت فى القانون الدولى العام شرطاً ضمنياً مفروضاً فى المعاهدات الدولية فهى تنقضى بتغير الظروف (rebus sic stantibus) على ماهو معروف فى هذا القانون . ثم انتقلت من القانون الدولى العام إلى القانون الإدارى وكانت الحرب العالمية الأولى هى الفرصة التى واتت مجلس الدولة الفرنسى للأخذ بها فى قضية معروفة[3]. ثم توالت أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذا المعنى[4] .

---

(١) استئناف مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤١ ص ٦٣ .

(٢) نقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢ . ويلاحظ أن محكمة النقض لم تكن تأبى أن يوضع للنظرية نص تشريعى عام يجعل الجزاء إنقاص الالتزام ، لا انقضاءه ، بل هى تصرح بذلك فى أسباب حكمها إذ تقول : « ومن حيث إنه وإن كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعفو والإحسان ، إلا أنه لايصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعها ، فيكون عليها هى وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها وتحديد ما ينبغى على قاضى الموضوع اتخاذه من الوسائل القانونية فى حق العاقدين كليهما توزيعاً للغرم بينهما » . وهذا هو عين مافعله التقنين المدنى الجديد ، فقد سد النقص وأتى بنص عام فى نظرية الحوادث الطارئة وزع فيه الغرم على كل من المتعاقدين كما سنرى . انظر أيضاً : نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥ – ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٢٢ ص ٧٦٩ – ٢٤ يناير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١ ص ٩٨ .

(٣) مجلس الدولة الفرنسى ٣٠ يونيه سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٦ – ٣ – ١٧ . وقد ثبت فى هذه القضية أن شركة الغاز فى مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكا للطن فى سنة ١٩١٣ إلى ثلاثة وسبعين فرنكاً فى سنة ١٩١٥ ، نقضى مجلس الدولة بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد .

(٤) مجلس الدولة الفرنسى ٨ فبراير سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٤ – ٣ – ٢ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٣ – ٣ – ٣٣ – ٢٧ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ – ٣ – ١٠٨ – وانظر فى تطبيقات أخرى فى الخدمات العامة وفى المقاولات وفى عقد البيع وفى إيجار العمال وفى عقد الإجارة وفى عقد النقل أمام القضاء الإدارى والقضاء العادى فى فرنسا حسين عامر فى القوة الملزمة للعقد فقرة ١٠٣ – فقرة ١١٠ .

وقد أخذ القضاء الإدارى دون القضاء المدنى بنظرية الحوادث الطارئة لسببين : (السبب الأول) أن الأقضية التى تعرض على القضاء الإدارى تتصل اتصالا وثيقاً بالصالح العام ، فإذا نظر هذا القضاء قضية لشركة تقوم بمرفق عام ، وجب أن يحسب حسابا للخدمة العامة التى تقدمها الشركة للجمهور ، وإلا أفلست الشركة وكانت المصلحة العامة هى أولى الضحايا . أما القضاء المدنى فالكثرة الغالبة من أقضيته تتعلق بمصالح الأفراد . فلا يوجد فيها هذا الاعتبار الذى يصرف عن التطبيق الدقيق للقواعد القانونية إلى ما تقتضيه المصلحة العامة . (والسبب الثانى) أن القضاء الإدارى ليس مقيداً بنصوص تشريعية كما يتقيد القضاء المدنى ، فهو أكثر حرية فى التمشى مع تطور الظروف وإدخال المرونة على فكرة القوة القاهرة ، والتدرج بها من المستحيل إلى المرهق ، على أن يكون لكل منزلة حكمها .

٢٧٤ – **ظهور النظرية أخيرا فى القانون الخاص** : على أن نظرية الحوادث الطارئة أخذت تنتعش فى السنين الأخيرة حتى فى دائرة القانون الخاص ، فبدأت تظهر فى التقنينات المدنية الحديثة . ظهرت فى تقنين الالتزامات البولونى (م ٢٦٩) ، ثم فى التقنين المدنى الإيطالى الجديد (م١٤٦٧) ، ثم فى التقنين المدنى المصرى الجديد . فنصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين المدنى المصرى الجديد على ما يأتى : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك »[1].

(ب) نظرية الحوادث الطارئة فى التقنين المدنى الجديد

٢٧٥ – **شروط تطبيق النظرية** : يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة توافر شروط ثلاثة :

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٨/ ٢ (مطابق) – الليبى م ١٤٧/ ٢ (مطابق) . العراقى م ١٤٦/ ٢ (مطابق) – اللبنانى لا مقابل .

أولا - أن يجد ، بعد صدور العقد وقبل تنفيذه[1] : حوادث استثنائية عامة . مثل ذلك زلزال ، أو حرب ، أو إضراب مفاجئ ، أو قيام تسعيرة رسمية أوإلغاؤها ، أوارتفاع باهظ فى الأسعار أونزول فاحش فيها[2] .

---

(١) فإذا صدر العقد ونفذ ، ثم جد الحادث الطارئ بعد التنفيذ ، فلا أثر لهذا الحادث . ويترتب على ذلك أن البيع الذى جعله الحادث الطارئ مرهقاً لا يكون عرضة للتعديل إذا كان المشترى دفع الثمن ثم طرأ الحادث بعد ذلك . أما إذا طرأ الحادث قبل دفع الثمن أوقبل دفع جزء منه ، فالثمن أو الباقى منه يكون عرضة للإنتقاص للحادث الطارئ ، أما ماسبق دفعه قبل وقوع الحادث فلا يناله تعديل . انظر نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٨٧ ص ١١٧٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لايشترط فى تطبيق المادة ٢/١٤٧ أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى مابعد الحادث الطارئ ، بل يكفى وجود التزام متراخى التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارئ وصار مرهقاً للمدين دون ما اعتبار لكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أوكان تنفيذه متراخياً كذلك (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٥ ص ٣٤٧) .

(٢) فقانون الإصلاح الزراعى ، الذى هبط بأسعار الأراضى الزراعية هبوطاً كبيراً ، يعتبر حادثاً طارئاً . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ قد توافرت فى قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . فهو بحكم كونه قانوناً ، يعتبر حادثاً عاما . وهو بعد حادث استثنائى لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكناً دفعه ، ولا يغير من اعتباره كذلك كونه تشريعاً . ذلك أن نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى قد أطلق فى التعبير عن الحادث فلم يقيده بأن يكون عملا أو واقعة مادية . وغير صحيح ماذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن صدور القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ وما ضمنته مذكرته الإيضاحية يؤيد وجهة نظره ، ذلك أن النتيجة التى رتبها القانون المذكورعلى صدورقانون الإصلاح الزراعى لا يمكن تفسيرها إلا على أساس اعتبار القانون الأخير ظرفا طارئاً . وإذاكان القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ قد اقتصر على إعمال أثر نظرية الظروف الطارئة على خصوصية بعينها ، وهى حالة ما إذا استولت الحكومة طبقاً لقانون الإصلاح الزراعى على أرض كان المستولى لديه قد اشتراها بعقد بيع ثابت التاريخ قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ وكان الأجل المعين لوفائه بالثمن كله أو بعضه يحل أجله بعد هذا التاريخ ، إلا أن تدخل المشرع فى هذه الحالة لم يقصد به قصر إعمال النظرية عليها وحدها ، وإنما قصد به تنظيم العلاقة فيها بين البائع والمشترى على وجه معين ، عن طريق تحديد ما يجب أداؤه من ثمن الأطيان المبيعة التى أخضعت للاستيلاء حتى لا تختلف معايير التقدير فى شأنها . وقد حرص القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ على أن ينص فى نهاية المادة الأولى التى أورد فيها هذا الحكم على أن ذلك الحكم لا يخل بحقوق الطرفين طبقاً لأحكام القانون المدنى بالنسبة إلى باقى الصفقة ، وبديهى أن من هذه الأحكام التى رأى المشرع أن يخضع لها باقى الصفقة الذى لم يشمله الاستيلاء حكم الظروف الطارئة الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ . ولوكان اتجاه المشرع =

أو وباء ينتشر ، أو جراد يزحف أسراباً . ونرى من هذه الأمثلة أن الحادث الطارئ يكون حادثاً استثنائياً يندر وقوعه ، ويكون فى الوقت ذاته حادثاً عاماً ولو لطائفة من الناس لا خاصاً بالمدين وحده[1]. فالحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين وحده ، كإفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله أو حريق محصوله ، لا تكفى لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة .

ثانيا — أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة ليس فى الإمكان توقعها ، ولا فى الوسع دفعها . فإذا كان يمكن توقعها أو يستطاع دفعها ، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة . ففيضان النيل إلا إذا كان فيضانا استثنائياً واختلاف سعر العملة وانتشار دودة القطن ، كل هذه حوادث فى الإمكان توقعها فلا تكفى . وانقطاع المواصلات انقطاعا عارضاً ، قد يستطاع التغلب عليه برجوع المواصلات سريعاً إلى ما كانت عليه أو باستعمال طرق أخرى غير تلك التى انقطعت ، فلا يكفى إذن لتطبيق النظرية [2] .

= إلى قصر تطبيق الحكم المذكور بالنسبة لعقود البيع المؤجل فيها الثمن على الخصوصية التى عالجتها فى تلك المادة وإلى إنفاذ حكم العقد فيما عداها ، لقرر أن باقى الصفقة يخضع لحكم العقد أو لأغفل الإشارة كلية إلى ما يتبع فى شأنه (نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٣ ص ٣٧) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٨٦ ص ١١٧٤ — ٣٠ إبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٩٤ ص ٥٩٣ — ٣٠ يوليه ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٣٩ ص ٨٩٥ — سليمان مرقس فى نظرية العقد طبعة ١٩٥٦ فقرة ٢٦٩ وفى مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٠ فقرة ٢٧٢ — عبد الحى حجازى فى مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٢ فقرة ٣٦٣ وفقرة ٣٦٤ — أنور سلطان فى مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٥ فقرة ٣١٤ ص ٣٢٣ وطبعة ١٩٦٢ فقرة ٣٢٦ ص ٣٨١ — زكى سعيد البدرمانى فى شرح قانون الإصلاح الزراعى طبعة ١٩٥٣ جزء ١ فقرة ١٦٢ ص ٩٧ — وانظر عكس ذلك محمد على عرفة فى شرح قانون الإصلاح الزراعى الطبعة الثانية ص ٤٩ .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يقتصر على اشتراط أن تكون الحوادث استثنائية ، كما فعل التقنينان البولونى والإيطالى . ولكن لجنة المراجعة ، رغبة منها فى تضييق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا تزعزع كثيراً من القوة الملزمة للعقد ، اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة . « والمراد بإضافة هذا الوصف — كما قيل فى اللجنة — أن الحوادث الاستثنائية ينبغى ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس ، كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض ، أو غارة غير منتظرة للجراد ، أو انتشار وباء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن قوام نظرية الظروف الطارئة أو عمل الحاكم أن يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد . فإذا كان الحكم قد نفى ذلك فيما أورده =

ثالثاً — أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلا . وهنا نرى الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة ، فهما إذا كانا يشتركان فى أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، إلا أنهما يختلفان فى أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا أما الحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب . ويترتب على هذا الفرق أن القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضى فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه ، أما الحادث الطارئ فلا يقضى الالتزام بل يرده إلى الحد المعقول فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث . وإرهاق المدين معيار مرن يتغير بتغير الظروف ، فما يكون مرهقاً لمدين لا يكون مرهقاً لمدين آخر ، وما يكون مرهقاً لمدين فى ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين فى ظروف أخرى . والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى (١) .

٢٧٦ — الجزاء فى نظرية الحوادث الطارئة : إذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، جاز للقاضى تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة

= من أسباب ومنها أن رفع سعر اللحم لم يكن ظرفاً طارئاً غير متوقع إذ كان على كل متبصر بالأمور أن يتوقع زيادة فيه ما دامت الحرب قائمة ، فهذا تقدير موضوعى لا يجوز معه تمسك الطاعن بتلك النظرية (نقض مدنى ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥ ص ٢٦) .

(١) نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٥ ص ٣٤٧ — ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٦٧ ص ٤٠٩ . وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التى أبرم فى شأنها العقد ، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين. فإذا كان التعاقد مع الحكومة ، جاز أن يكون التزام الحكومة مرهقاً لها بالنسبة إلى الصفقة التى عقدتها بالذات ، وإن كانت الخسارة شيئاً هيناً بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة . بل إن الإرهاق لا ينتفى حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التى أصبحت مرهقة فى ذاتها ، فإذا التزم تاجر بتوريد قمح وخزن منه كميات كبيرة دون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ، ثم علا سعر القمح لحادث طارئ أضعافا مضاعفة ، جاز له أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة ، أما المكسب الذى يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ولا شأن للدائن به . ومن هذا نرى أن الإرهاق معياره موضوعى بالنسبة إلى الصفقة المعقودة ، لا ذاتى بالنسبة إلى شخص المدين (نقض مدنى ١٠ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٩٥ ص ٦٢٩) . وانظر نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٢٥ ص ٧٥٢ .

الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . وللقاضي حرية واسعة في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[1] .

فقد يرى إنقاص هذا الالتزام . مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى ، ثم يقل المتداول في السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارئ كحرب منعت استيراد السكر أو كإغلاق بعض مصانع السكر أو نحو ذلك ، فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها . فيجوز للقاضي أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول . فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التي عينها القاضي فحسب . وإذا كان الالتزام المرهق ثمن مبيع ، جاز للقاضي إنقاصه ، أو إنقاص فوائده أو إسقاط هذه الفوائد ، أو مد الآجال التي يدفع فيها .

وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق . فإذا تعهد تاجر بأن يورد شعيراً بسعر ستين قرشاً للأردب ، ثم ارتفع سعر الشعير إلى أربعة جنيهات ، جاز للقاضي رفع الثمن . ولكنه لا يرفعه إلى أربعة جنيهات . فهو يحمل البائع أولا الارتفاع المألوف في الأسعار ، وقد يكون هنا عشرين قرشاً مثلا . وما زاد على ذلك — ويبلغ في فرضنا هذا ثلثمائة وعشرين قرشا — هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضي بين المتعاقدين ، فيصيب الدائن منه مائة وستون قرشاً تضاف إلى الثمن المتفق عليه وهو ستون قرشاً ، ومن ثم يرفع القاضي الثمن إلى مائتين وعشرين قرشاً . ولا يفرض القاضي على المشتري أن يشتري بهذا السعر ، بل يخيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد .

وقد يرى القاضي ، لا إنقاص الالتزام المرهق ولا زيادة الالتزام القابل ، ولكن وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان هذا الحادث موقتاً يقدر له الزوال في وقت قصير . مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى ، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعا فاحشاً ، ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد ، فيقف القاضي التزام

---

(١) ومهمة القاضي في توقيع هذا الجزاء المرن تختلف عن مهمته المألوفة ، فهو لا يقتصر على تفسير العقد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله .

المقاول بتسليم المبنى ، حتى يتمكن هذا من القيام بالتزامه دون إرهاق ، إذا لم يكن فى هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى .

وإذا جاز للقاضى إنقاص الالتزام المرهق أوزيادة الالتزام المقابل أووقف تنفيذ العقد ، فإنه لايجوز له فسخ العقد[1]. فالالتزام المرهق يبقى ، ولا ينقضى بالحادث الطارئ كما كان ينقضى بالقوة القاهرة ، ولكن يرد إلى الحد المعقول على النحو المتقدم ، فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن ، ولايتحملها الدائن وحده بفسخ العقد[2] .

وهذا الجزاء الذى قرره القانون للحادث الطارئ يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالفه[3] .

---

(١) نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١ ص ٩٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ مدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مؤجلا أومقسطاً لا يحول دون إعمال الجزاء المنصوص عليه فيها – وهو رد الالتزام إلى الحد المعقول – على الوجه الذى يتطلبه القانون . ذلك أن القاضى لا يعمل هذا الجزاء إلا بالنسبة إلى القسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشترى لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقاً له بحيث يهدده بخسارة فادحة ، أما باقى الأقساط المستقبلة فإن القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالا بزوال أثر ذلك الحادث عند استحقاقها . ويكون شأن الأقساط فى ذلك شأن الأداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة (نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٣ ص ٣٧) . وانظر أيضاً : نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٦٧ ص ٤٠٩ .

(٣) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى قد صرحت بذلك إذ تقول : « ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وهذه العبارة أضيفت فى لجنة المراجعة ، وروعى فى إضافتها أن الجزاء قد يغدو صورياً لا قيمة له إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالفه ، فيستطيع المتعاقد القوى أن يملى شرط المخالفة دائماً على المتعاقد الضعيف . وإذا كان التقنين المدنى (م ١/٢١٧) قد أباح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة ، ولم يبح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الطارئ وهو أقل خطراً من القوة القاهرة ، فذلك لأن الاتفاق على تحمل المدين لتبعة القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطراً بل يتقاضى ثمنه ، أما الاتفاق على تحمل المدين لتبعة الحادث الطارئ فمغامرة قد تدفع إليها حالة الاضطرار . هذا ويجوز للمدين المرهق ، بعد وقوع الحادث الطارئ أن يتفق مع دائنه على مايخالف هذا الجزاء ، إذ الاتفاق عندئذ لا تحوطه شبهة الضغط على المدين ، فيجوز للمدين إذن أن ينزل عن حقه فى التمسك بالحادث الطارئ وأن يتعهد بوفاء التزامه كاملا .

المبحث الثانى

المسئولية العقدية(*)

(Les responsabilité contractuelle)

٢٧٧ – **نطاق المسئولية العقدية** : المسئولية العقدية تقابل المسئولية التقصيرية ، فالأولى جزاء العقد والأخرى جزاء العمل غير المشروع . وقيام المسئولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه . فإذا أمكن التنفيذ العينى وطلبه الدائن ، أجبر المدين عليه ، وإلى هنا لاتقوم المسئولية العقدية إذ نحن فى صدد التنفيذ العينى للالتزام لا فى صدد التعويض عن عدم تنفيذه . أما إذا لم يمكن التنفيذ العينى ، أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداده للتنفيذ العينى ، ففى هذه الحالة لايسع القاضى إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه جزاء عدم تنفيذ الالتزام . وهنا تقوم المسئولية العقدية .

والمدين مسئول عن عدم تنفيذ التزامه العقدى ، فيجب عليه التعويض ، إذا توافرت أركان المسئولية العقدية . وهى ثلاثة : (١) الخطأ العقدى (٢) الضرر (٣) علاقة السببية مابين الخطأ والضرر . ونبحث هذه الأركان الثلاثة على التوالى .

(*) مراجع : مازو فى المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية – لالو فى المسئولية المدنية – ديموج فى الالتزامات ٦ – ساڤاتييه فى المسئولية المدنية – بنكاز ملحق بودرى ٢ – نبواييه محاضرات لقسم الدكتوراه – هنرى مازو محاضرات لقسم الدكتوراه – ستناى محاضرات لقسم الدكتوراه – رسائل ومقالات : جرانمولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ – مينييه (Meynié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ – ڤان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ – مارى مادلين ديفور (Marie Madeleine Dufort) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ – رينولوت (Renault) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – أميو (Amiot) رسالةمن باريس (غير مطبوعة) سنة ١٩٤٥ – رابيت (Rabut) رسالة من باريس (غير مطبوعة) سنة ١٩٤٦ – هنرى مازو مقال فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٥٥١ – إسمان مقال فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٦٢٧ – ڤينى (Vigny) مقال فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٤٥ ص ٢٣٥ .

المطلب الأول

الخطأ العقدى

(La faute Contractuelle)

٢٧٨ — مسألتان : المدين بعقد مسئول عن خطأه العقدى ، وقد يعدل الاتفاق قواعد مسئوليته . فنبحث إذن مسألتين : (١) كيف يتحقق الخطأ العقدى (٢) تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق .

§ ١ — كيف يتحقق الخطأ العقدى

٢٧٩ — ما هو الخطأ العقدى : إذا لم يقم المدين فى العقد بتنفيذ التزامه ، كان هذا هو الخطأ العقدى ، ويستوى فى ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمده أو عن إهماله ، بل إن الخطأ العقدى يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبى لا يد له فيه كالقوة القاهرة . ولكن يلاحظ فى هذه الحالة الأخيرة أنه إذا تحقق الخطأ العقدى ، فإن علاقة السببية — وهى ركن فى المسئولية العقدية — تنعدم ، ولاتتحقق المسئولية على ماسنرى .

ويتبين مما قدمناه أن الخطأ العقدى ليس إلا عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد ، أيا كان السبب فى ذلك [1] .

٢٨٠ — الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية : وفى صدد الخطأ العقدى يجب التمييز بين نوعين من الالتزامات .

فهناك التزام تنفيذه لايكون إلا بتحقيق غاية معينة ، فالالتزام بنقل الملك والحقوق العينية الأخرى والالتزام بتسليم عين أوبإقامة مبنى والالتزام بالامتناع عن عمل معين ، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة هى نقل الحق أو القيام بالتسليم أو بإقامة المبنى أوالامتناع عن العمل ، فتنفيذها

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر فى ذاته خطأ موجباً للمسئولية التى لايدرأها عنه إلا إثبات قيام القوة القاهرة أوخطأ الدائن (نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠١ ص ٧٦٣) .

لايكون إلا بتحقيق هذه الغاية ، فإذا لم تتحقق بقى الالتزام غير منفذ . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام فى الفقه الفرنسى بعبارة (obligation de résultat) ونسميه نحن « الالتزام بتحقيق غاية »[١] .

وهناك التزام لايرمى إلى تحقيق غاية معينة ، بل هو التزام ببذل الجهد فى سبيل غرض تحقق هذا الغرض أولم يتحقق . فهو إذن التزام بعمل ، ولكنه عمل لاتضمن نتيجته ، والمهم فيه أن يبذل المدين مقدارا معينا من العناية . والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التى يبذلها الشخص العادى ، ويزيد هذا المقدار أوينقص تبعا لما ينص عليه القانون أويقضى به الاتفاق . فمتى بذل المدين العناية المطلوبة منه ، يكون قد نفذ التزامه ، حتى او لم يتحقق الغرض المقصود . فالمستأجر يجب عليه أن يبذل من العناية فى المحافظة على العين المؤجرة ما يبذل الشخص المعتاد ، والمستعير يبذل من العناية فى المحافظة على الشىء المستعار العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد ، والمودَع عنده إذا لم يأخذ أجراً يبذل من العناية فى المحافظة على الشىء المودع مايبذله فى حفظ ماله دون أن يزيد فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد . وقد عرضت المادة ٢١١ مدنى لهذا النوع من الالتزام ، فنصت على مايأتى : « ١ — فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص المعتاد ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا مالم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد نقل الأشخاص يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة الراكب ، بمعنى أن يكون ملتزماً بتوصيله إلى الجهة المتفق عليها سليما ، وهو التزام بتحقيق غاية بحيث إذا أصيب الراكب فإنه يكفى أن يثبت أنه أصيب فى أثناء تنفيذ عقد النقل ، ويعتبر هذا منه إثباتا لعدم قيام الناقل بالتزامه ، ومن ثم تقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه . ولا ترفع مسئولية الناقل عن سلامة الراكب إلا إذا أثبت —الناقل— أن الضرر الحاصل للراكب قد نشأ عن قوة قاهرة أوعن خطأ من المضرور أو عن خطأ من الغير ، على أنه يشترط فى خطأ الغير الذى يعفى الناقل من المسئولية إعفاء كاملا ألا يكون فى مقدور الناقل توقعه أو تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو سبب الضرر (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٩ ص ٥٢٢) .

وانظر أيضاً استئناف الإسكندرية ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١ .

بنص القانون أو الاتفاق على غيره . ٢ – وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم »[1] . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام فى الفقه الفرنسى بعبارة (obligation de moyen)، ونسميه نحن « الالتزام ببذل عناية » .

فإذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ العقدى هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدى ، وجب أن نميز فى هذا الصدد بين هذين النوعين من الالتزام . فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ العقدى فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية ، والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدى فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة .

٢٨١ – نظرية مهجورة – تدرج الخطأ (gradation des fautes) : وهناك نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ العقدى غير العمد إلى أقسام ثلاثة : خطأ جسيم (culpa lata) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه حتى الشخص المهمل وهو خطأ أقرب مايكون إلى العمد ويلحق به ، وخطأ يسير (culpa levis) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه الشخص المعتاد ، وخطأ تافه (culpa levissima) وهو الخطأ الذى يرتكبه الشخص المعتاد ولكن لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص . وهذه النظرية تقسم أيضاً العقود إلى طوائف ثلاث : عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة وفيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم ، وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير ، وعقد لمنفعة المدين وحده كالعارية وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ التافه .

وقد نسبت هذه النظرية خطأ إلى القانون الرومانى ، وهى ليست منه بل هى من خلق القانون الفرنسى القديم . وقد هجرت فى القانون الحديث لعدم صحتها . فهى لا تنطبق على الالتزام بتحقيق غاية ، وقد رأينا أن الخطأ العقدى فى هذه الطائفة من الالتزامات ليس إلا عدم تنفيذ الالتزام . فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى ، ولم تتحقق الغاية المتفق على تحقيقها ، فهناك خطأ عقدى فى جانبه ، أيا كانت درجة تقصيره . فقد يكون متعمداً ألا ينفذ التزامه ، وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيماً ، وقد يكون مقصراً تقصيراً يسيراً وقد يكون

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٢ (مطابق) – الليبى م ٢١٤ (مطابق) . العراقى م ٢٥١ (موافق) – اللبنانى م ٥٥٢ (موافق) .

مقصراً تقصيراً تافهاً ، بل قد لا يكون هناك أى تقصير فى جانبه . فالخطأ العقدى قائم مادام المدين لم ينفذ التزامه ، وهو مسئول عن خطأه فى جميع الأحوال . وإذا قصرنا النظرية على الالتزام ببذل عناية ، فهى غير صحيحة أيضاً . ذلك أننا لا نتبين فى هذه الطائفة من الالتزامات أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ تافه ، تبعاً لما إذا كان العقد لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معاً أو لمصلحة المدين وحده[1] . والأصل ، كما رأينا ، أن العناية المطلوبة هى عناية الرجل المعتاد ، ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل إما بنص القانون أو بالاتفاق . وقد نص القانون فعلا فى بعض العقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل المعتاد ، ولكنه نسب الزيادة أو القلة إلى عناية الشخص فى المحافظة على ماله لا إلى خطأ تافه وخطأ جسيم[2] . كذلك يجوز

---

(١) وقد هدم التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١١٣٧ هذه التقسيمات جملة واحدة ، فقال إن الالتزام بالعناية فى المحافظة على الشىء ، سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معاً ، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد . فقضى هذا النص على التقسيم فى شقيه ، تقسيم العقود إلى طوائف ثلاث وتقسيم الخطأ إلى أنواع ثلاثة . وأوجب فى جميع العقود كأصل عام ، أن تكون العناية المطلوبة هى عناية الرجل المعتاد . وذلك هو شأن التقنين المدنى المصرى ، فقد جاء واضحاً كل الوضوح فى نفى نظرية التدرج ، ويظهر ذلك جلياً من نص المادة ٢١١ مدنى سالفة الذكر وتقابل المادة ١١٣٧ مدنى فرنسى .

وإذا كانت المادة ١١٤٧ مدنى فرنسى تقرر أن المدين مسئول عن تنفيذ التزامه حتى يثبت أنه امتنع عليه ذلك لسبب أجنبى لا يد له فيه ، وتقضى المادة ١١٣٧ مدنى فرنسى بأن الالتزام بالعناية فى المحافظة على الشىء يلزم الشخص الموكول إليه ذلك أن يبذل فيه عناية الشخص المعتاد ، فليس هناك تعارض بين النصين . فالمادة ١١٤٧ مدنى فرنسى تقرر فى عبارة عامة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه هو خطأ عقدى ، وهذا صحيح وهو يصدق فى الالتزام بغاية وفى الالتزام بعناية . أما المادة ١١٣٧ مدنى فرنسى فهى تحدد مدى التزام المدين فى الالتزام ببذل عناية ، وتقرر أن العناية المطلوبة هى فى الأصل عناية الرجل المعتاد . وقد أتى التقنين المدنى المصرى بنصين يقابلان المادتين ١١٤٧ و١١٣٧ مدنى فرنسى . فالمادة ٢١٥ مدنى مصرى تقضى بأن المدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، فهى تقابل المادة ١١٤٧ مدنى فرنسى . والمادة ٢١١ مدنى مصرى ، وتقابل المادة ١١٣٧ مدنى فرنسى ، توجب فى الالتزام بعناية أن تكون العناية المبذولة هى عناية الرجل المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود .

(٢) انظر مثلا م ٥٢١ مدنى فى الشركة ، وم ١/٥٨٣ مدنى فى الإيجار ، وم ٦٤١ مدنى فى العارية ، وم ٦٨٥ مدنى فى عقد العمل ، وم ٧٠٤ مدنى فى الوكالة ، وم ٧٢٠ مدنى فى الوديعة .

للمتعاقدين أن يتفقا على مقدار من العناية أزيد أو أقل ، بل يجوز لهما الاتفاق على الإعفاء من المسئولية ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

§ ٢ – تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق

٢٨٢ – الأصل هو الحرية فى تعديل قواعد المسئولية العقدية

بالاتفاق : لما كانت المسئولية العقدية منشأها العقد . وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين ، فالإرادة هى إذن أساس المسئولية العقدية . ولما كانت الإرادة هى التى أنشأت قواعد هذه المسئولية ، فإن لها أن تعدلها . فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين فى تعديل قواعد المسئولية العقدية (١) . وذلك فى حدود النظام العام والآداب . أما المسئولية التقصيرية فهى ليست وليدة الإرادة ، بل هى حكم القانون ، ولذلك لا يجوز تعديل قواعدها بالاتفاق كما يجوز ذلك فى المسئولية العقدية . وقد نصت المادة ٢١٧ مدنى فى هذا المعنى على أنه « ١ – يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة . ٢ – وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطأه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه . ٣ – ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع »(٢) .

ويمكن رد ما تقدم من الأحكام إلى مبدأين رئيسيين : (المبدأ الأول) يقضى بحرية المتعاقدين فى التعديل من قواعد المسئولية العقدية . فلهما أن يتفقا على التشديد فى هذه المسئولية ، بأن يجعل المدين مسئولا حتى عن السبب الأجنبى ، ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن . ولها أن يتفقا على التخفف منها ، بألا يجعل المدين مسئولا حتى عن تقصيره . (والمبدأ الثانى) يقضى بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين ، فلا يجوز التخفيف من المسئولية العقدية إلى

---

(١) نقض مدنى ١٣ نوفبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٩ ص ٦٨٩ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٨ (مطابق) – الليبى م ٢٢٠ (مطابق) – العراقى م ٢٥٩ / ١ و ٢ (مطابق) – اللبنانى لا مقابل وقارب م ١٣٨ – م ١٣٩ .

حد الإعفاء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم . وذلك أنه لو صح للمدين أن يعفى نفسه من المسئولية عن الفعل العمد فى عدم تنفيذ التزامه العقدى ، لكان التزامه معلقاً على شرط إرادى محض . وهذا لايجوز . والخطأ الجسيم ملحق بالفعل العمد . ويأخذ حكمه . ولكن يجوز للمدين أن يعفى نفسه من المسئولية عن عمل الغير ، حتى لوكان هذا العمل عمداً أو خطأ جسيما ، فإن عمد الغير لاينزل منزلة الشرط الإرادى المحض .

٢٨٣ – تطبيق هذه الأحكام على الالتزام بغاية والالتزام بعناية : وإذا حللنا الأحكام التى قدمناها فى ضوء ما عرفناه من قواعد المسئولية العقدية ، رأينا أن الأمر يرتبط ارتباطا وثيقاً بمقدار العناية المطلوبة من المدين فى تنفيذ التزامه العقدى . وتتدرج هذه العناية تدرجاً ملحوظاً .

ففى الالتزام بغاية ، حيث يبلغ مقدار العناية المطلوبة الدرجة القصوى ، ويكون المدين مسئولا عن الفعل العمد وعن أى خطأ جسيما كان أو يسيراً أو تافهاً بل وعن الفعل مجرداً من أى خطأ ، ولاترتفع مسئوليته إلا فى حالة السبب الأجنبى وذلك لانتفاء علاقة السببية لا لانتفاء الخطأ كما قدمنا ، يمكن تبعاً لهذا التدرج أن نتصور الاتفاق على تشديد المسئولية العقدية حتى تشمل المسئولية عن السبب الأجنبى ، وهذا كما بينا ضرب من التأمين يلتزم به المدين نحو الدائن . كذلك يمكن أن نتصور الاتفاق على تخفيف المسئولية العقدية فى أدنى صورة من صوره ، فلايكون المدين مسئولا عن فعله المجرد من الخطأ . وعند ذلك ينقلب الالتزام بغاية إلى التزام بعناية ولايكون المدين مسئولا إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو تافهاً . وقد يتدرج المدين فى التخفف من المسئولية ، فيشترط إعفاءه من المسئولية عن الخطأ التافه ثم عن الخطأ اليسير . فإذا وصل إلى هذا المدى لايكون مسئولا إلا إذا أثبت الدائن فى جانبه العمد أو الخطأ الجسيم[1] . ولكن إلى هنا يستطيع أن يصل فى التخفف من مسئوليته ، ولايستطيع أن يصل إلى مدى أبعد . فلايجوز أن يشترط إعفاءه

---

(١) انظر نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦ ص ١٢٧ – ٢٩ مارس سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٥٨ ص ٣٧٣ .

من المسئولية عن فعله العمد أوعن خطأه الجسيم ، ما لم تكن المسئولية مترتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك .

وفى الالتزام بعناية . تكون درجة العناية المطلوبة ، حيث لايوجد نص أو اتفاق خاص . هى عناية الشخص المعتاد . فلا يكون المدين مسئولا عن السبب الأجنبى ، ولاعن الفعل المجرد من الخطأ ، ولاعن الخطأ التافه . ويكون مسئولا عن فعله العمد . وعن خطأه الجسيم . وعن خطأه اليسير . وقد يشدد باتفاق خاص من هذه المسئولية ، فيصبح مسئولا عن الخطأ التافه ، ثم عن الفعل المجرد من الخطأ ، وهنا ينقلب الالتزام بعناية إلى التزام بغاية ، إذ يصبح المدين مسئولا عن تحقيق غاية لايتخلص من المسئولية عنها إلا بإثبات السبب الأجنبى . وقد يشدد فى مسئوليته إلى مدى أبعد فيصبح مسئولا حتى عن السبب الأجنبى . وهذا ضرب من التأمين كما قدمنا . وقد يتخفف من مسئوليته ، فلايكون مسئولا عن الخطأ اليسير . ويبقى دائماً مسئولا عن الفعل العمد وعن الخطأ الجسيم . فلا يستطيع أن يعفى نفسه بشرط خاص من المسئولية عنهما . ما لم تكن المسئولية مترتبة على فعل الغير .

ونرى من ذلك أن الالتزام بغاية قد ينقلب إلى التزام بعناية ، وأن الالتزام بعناية قد ينقلب إلى التزام بغاية . وأن المهم فى كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين . فمن السبب الأجنبى ، إلى الفعل المجرد من الخطأ ، إلى الخطأ التافه . إلى الخطأ اليسير . إلى الخطأ الجسيم ، إلى الفعل العمد ، يتدرج المدين فى مسئوليته العقدية وفقاً لما ينص عليه القانون أويقضى به الاتفاق . ولايقف دون ذلك حتى هذا التقسيم الجوهرى للالتزام إلى التزام بغاية والتزام بعناية .

المطلب الثانى

الضرر

(Le préjudice)

٢٨٤ – مسألتان : الضرر هو الركن الثانى فى المسئولية العقدية ، وهو إما أن يكون ماديا أو أدبيا . والتعويض عن الضرر فى المسئولية العقدية محدود المدى ، فلا تعويض إلا عن الضرر المتوقع .

فنبحث إذن مسألتين : (١) الضرر المادى والضرر الأدبى (٢) مدى التعويض عن الضرر .

§ ١ – الضرر المادى والضرر الأدبى

٢٨٥ – الضرر المادى : قد يصيب الدائن فى المسئولية العقدية ضرر مادى (préjudice matérial) فى ماله من جراء خطأ المدين . كالمعير لايستطيع استرداد الشيء المعار وكالمودع لايستطيع استرداد الوديعة . والضرر المادى هو الأكثر الأغلب . ويجب أن يكون واقعاً أو محقق الوقوع .

فالضرر الواقع هو الضرر الحال (préjudice actuel) الذى وقع فعلا . أما إذا لم يقع ضرر أصلا فلاتعويض . فإذا كلف الموكل وكيله أن يقيد رهناً لمصلحته ، ثم لايقوم الوكيل بقيد الرهن . ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغرقاً بالدين . فلاتعويض للموكل ، إذ لم يلحقه ضرر[1].

وإذا لم يقع الضرر فى الحال ، فيجب أن يكون محقق الوقوع فى المستقبل (préjudice futur) . فإذا تعاقد مصنع على استيراد خامات ليدخرها لوقت الحاجة ، فيخل المورد بالتزامه ، فالضرر هنا لايلحق المصنع فى الحال ، ولكن يلحقه فى المستقبل عندما تنفد الخامات التى عنده ويصبح فى حاجة إلى الحديد الذى تعاقد على استيراده . والضرر فى المثل الذى نحن بصدده يستطاع تقدير التعويض عنه فى الحال ، فللمصنع أن يرجع بالتعويض فوراً على المورد . ولكن قد يحدث أن الضرر المستقبل المحقق الوقوع لايستطاع تقدير التعويض عنه فى الحال ، كراكب يصاب بحادث فى أثناء النقل ولايعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير ، فيجب التربص حتى يعرف مدى الضرر ويقدر التعويض عند ذلك .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الضرر ركن من أركان المسئولية ، وثبوته شرط لازم لقيامها وللقضاء بالتعويض تبعاً لذلك . فإذا تمسك رب العمل فى دفاعه بأن العامل لم يلحقه ضرر من جراء فصله وذلك لالتحاقه بخدمة رب عمل آخر أولغير ذلك من الأسباب ، فإن ذلك يكون دفاعاً جوهرياً يحتمل فيما لو ثبت أن يتغير معه وجه الرأى فى الدعوى ، فيتعيب الحكم بالقصور لو التفت عنه ولم يعن بتمحيصه (نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢ ص ٢٥) . وانظر نقض مدنى ٣٠ مايوسنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٦ ص ٧١٦ .

وقد يكون الضرر محتملا (préjudice éventuel) ، لا هو قد تحقق فعلا ولاهو محقق الوقوع فى المستقبل . فإذا أحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللا يخشى معه أن تتهدم العين ، فالخلل ضرر حال ، ولكن تهدم العين ضرر محتمل . ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً . أما الضرر المحتمل فلا يعوض عنه إلا إذا تحقق .

٢٨٦ — *الضرر الأدبى* : وإذا كان الضرر الأدبى (préjudice moral) يقع كثيراً فى المسئولية التقصيرية ، فإن وقوعه فى المسئولية العقدية غير كثير ، إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذى قيمة مالية . ولكن قد تكون للمتعاقد مصلحة أدبية فى تنفيذ العقد ، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبى . فالناشر إذا نشر كتاباً لمؤلف فشوهه ، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادى ، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبى . والفنان إذا تعاقد مع شخص على عمل فنى ، ففسخ المتعاقد معه العقد فسخاً تعسفياً ، قد يرى فى هذا الفسخ إضراراً أدبيا بسمعته . وقد يشترى شخص تذكاراً عائلياً ليست له إلا قيمة أدبية محضة بالنسبة إليه ، فإذا أخل البائع بتنفيذ التزامه كان الضرر الذى يصيب المشترى من جراء ذلك ضرراً أدبياً . وقد يذيع الطبيب سرا للمريض لا تجوز إذاعته ، فيصيب المريض بضرر أدبى فى سمعته . كذلك قد يذيع الوكيل عن موكله مايؤذيه فى اعتباره . وقد يلحق الضرر الأدبى الجسم فيما يصيبه من ألم أو يحدث فيه من تشويه ، فالراكب إذا أصيب بجرح فى أثناء النقل لحقه من ذلك ضرر أدبى فى جسمه ، بخلاف الضرر المادى وهو ما يتكلفه العلاج .

والتعويض عن الضرر الأدبى واجب فى المسئولية العقدية كما هو واجب فى المسئولية التقصيرية . وقد ورد نص صريح (م٢٢٢ مدنى) فى التعويض الأدبى فى كل من المسئوليتين . وسنستوفى بحث التعويض عن الضرر الأدبى ، وبخاصة فيمن له حق المطالبة بهذا التعويض ومتى ينتقل هذا الحق ، عند الكلام فى المسئولية التقصيرية ، ففيها المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى أكثر وقوعاً .

§ ٢ – مدى التعويض عن الضرر

٢٨٧ – الضرر المباشر المتوقع هو الذى يعوض عنه فى المسئولية العقدية : الضرر غير المباشر (indirect) لايعوض عنه أصلا . لا فى المسئولية العقدية ولا فى المسئولية التقصيرية . فلا يعوض إذن فى المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر (direct) . ولكن فى المسئولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقعاً (prévisible) كان أو غير متوقع (imprévisible) كما سنرى . أما فى المسئولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع . فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم [1] . مثل ذلك أن يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه على المستأجر . فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة ، وتتلف بعض المفروشات فى أثناء النقل ، ثم يكون فى المنزل الجديد ميكروب مرض معد ينتقل إليه هذا المرض . فالفرق فى الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع ، وقيمة المفروشات التى تلفت هى الضرر المباشر غير المتوقع ، وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر . والمؤجر لايكون مسئولا إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، ما لم يكن قد أخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسئولا عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما فى المسئولية التقصيرية [2] . ولايكون المدين مسئولا عن الضرر غير المباشر أصلا ، حتى فى المسئولية التقصيرية .

---

(١) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ مدنى صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » .

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٢٢/٢ (مطابق) – الليبى م ٢٢٤/٢ (مطابق) – العراقى م ١٦٩/٣ (موافق) – اللبنانى م ٢٦٢ (موافق) .

(٢) نقض مدنى ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩١ ص ٧٠٣ . ومن المهم إذن أن نحدد ما إذا كانت المسئولية عقدية لا تعويض فيها إلا عن الضرر المتوقع ، أوهى مسئولية تقصيرية يكون التعويض فيها حتى عن الضرر غير المتوقع . فإذا أصيب الراكب فى حادث وتحققت المسئولية العقدية لأمين النقل ، لم يكن هذا مسئولا قبل الراكب وورثته من بعده إلا عن الضرر المتوقع . أما إذا طالبت الورثة بتعويض باسمهم الشخصى لا باعتبارهم ورثة ، فإن ذلك يكون على أساس المسئولية التقصيرية ، ويستطيعون على هذا الأساس أن يحصلوا على تعويض ما أصابهم هم ، لا ما أصاب مورثهم ، عن ضرر متوقع أو غير متوقع .

ويقال عادة فى تبرير قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع أن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر ، فالضرر غير المتوقع لا يدخل فى دائرة التعاقد فلا تعويض عنه . أما إذا كان هناك غش أو خطأ جسيم . فمسئولية المدين تنقلب إلى مسئولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع . ولكن فكرة انقلاب المسئولية العقدية بالغش أو الخطأ الجسيم إلى مسئولية تقصيرية لا تقوم على أساس صحيح ، إذ لا يزال المدين مسئولا بالعقد حتى لو كان سيئ النية فى عدم تنفيذه[1] . لذلك نرى من جانبنا أن نتلمس مبرراً للقاعدة فى الاعتبارات الآتية : الأصل فى المسئولية . عقدية كانت أو تقصيرية ، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله حتى لو كان غير متوقع . ذلك أن المدين مسئول عن كل هذا الضرر ، فهو الذى أحدثه مباشرة بخطأه . إلا أن المسئولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد . فإرادة المتعاقدين هى التى تحدد مداها . وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسئولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذى يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذى يمكن أن يفترض افتراضاً معقولا أن المدين قد ارتضاه ، ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقى يعدل من مقدار المسئولية بقصرها على مقدار الضرر المتوقع . ولكن لما كان هذا الشرط باطلا فى حالتى غش المدين وخطأه الجسيم كما قدمنا ، أصبح المدين فى هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض عن كل الضرر ، متوقعاً كان أو غير متوقع ، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقى الذى يعدل من مقدار المسئولية . ولعل هذا التبرير يعين على تفسير القواعد التى سنبسطها الآن فى تحديد الضرر المتوقع .

٢٨٨ – تحديد الضرر المتوقع – توقع سبب الضرر ومقداره – معيار موضوعى : ولما كان مفروضاً أن المدين فى المسئولية العقدية لم يلزم نفسه إلا بالضرر المتوقع كما قدمنا . وجب إذن أن يكون المدين قد توقع

---

(١) ومن ثم يذهب بعض الفقهاء إلى أن المسئولية العقدية عن الضرر غير المتوقع فى حالتى الغش والخطأ الجسيم ليست إلا عقوبة مدنية نص عليها القانون (مازو ٣ فقرة ٢٣٧٥/٣ – فقرة ٢٣٧٦) .

الضرر ، لا فى سببه فحسب ، بل أيضاً فى مقداره . فإذا تعهدت شركة نقل بنقل طرد ثم ضاع الطرد فى الطريق ، وتبين أنه يحتوى على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد ، لم تكن الشركة مسئولة عن كل القيمة بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر وهو وقوع خطأ من عمالها قد يسبب ضياع الطرد ، بل لا تكون مسئولة إلا عن القيمة المعقولة للطرد ، إذ هى لا تسأل إلا عن الضرر الذى كانت تتوقعه فى سببه وفى مقداره .

وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار ذاتى ، فيعتد بالضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين ، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات . فإذا أهمل المدين فى تبين الظروف التى كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر ، فإن الضرر يعتبر متوقعاً لأن الشخص المعتاد لا يهمل فى تبين هذه الظروف[1] .

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

(Lien de causalité)

٢٨٩ – عبء الإثبات : لا يكفى أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب فى الضرر ، أى أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر . فقد يكون هناك خطأ من المدين ، كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن ، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب فى هذا الضرر . مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التى ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب ، ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يضعها صاحبها بحيث يأمن عليها من التلف حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة ،

---

(١) وإذا سكت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد الوصول فى الميعاد لأنه سيشترك فى سباق أو سيؤدى امتحانا أو سيحضر اجتماعاً هاما أو سيمضى عقداً أو سيتقدم فى مزاد أو نحو ذلك من الأمور العاجلة التى يجب أن تتم فى وقت محدد ، لم يكن أمين النقل مسئولا عما يقع من ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الراكب متأخراً عن الميعاد ، وإنما يكون مسئولا عن الضرر الذى ينجم عن التأخر فى الظروف المعتادة .

فتنكسر البضائع ، فيكون الضرر الذى أصاب الدائن فى هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين بل من خطأ الدائن نفسه .

والفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة ، فلا يكلف الدائن إثباتها . بل إن المدين هو الذى يكلف بنفى هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة ، فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن . والمدين لا يستطيع نفى علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبى . وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى ، أو يرجع إلى خطأ الدائن ، أو يرجع إلى فعل الغير . وفى المثل المتقدم يستطيع المدين أن ينفى علاقة السببية بإثباته أن الضرر يرجع إلى خطأ الدائن كما قدمنا .

٢٩٠ — إحالة : ويبين مما تقدم أن السببية ركن مستقل عن الخطأ . فقد يقوم الخطأ وتنعدم السببية إذا كان الخطأ ليس هو السبب فى الضرر ، بل يرجع الضرر إلى سبب أجنبى . كذلك تنعدم السببية حتى لو كان الخطأ هو السبب ، ولكنه لم يكن السبب المنتج ، أو كان السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر .

والكلام فى السبب الأجنبى ، وفى السبب المنتج والسبب المباشر ، تشترك فيه المسئوليتان العقدية والتقصيرية . فنرجئ بحث هذه المسائل حتى نعرض للمسئولية التقصيرية ، فنبحثها هناك .

الفصل الثالث

زوال العقد

٢٩١ — كيف يزول العقد : العقد يزول بالانقضاء (extinction) ، فينقضى بتنفيذ الالتزامات التى ينشئها ، وهذا هو مصيره المألوف . ولكنه قد يزول بالانحلال (dissolution) ، فينحل قبل تمام تنفيذه أو قبل البدء فى تنفيذه . وانحلال العقد غير إبطاله (annulation) ، كلاهما زوال (disparition) للعقد ، ولكن الانحلال يرد على عقد وال صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعى أو دون

أثر رجعي . أما الإبطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ، ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال . وقد رأينا فيما مر كيف يبطل العقد ، ونبحث الآن كيف ينقضي وكيف ينحل .

٢٩٢ – انقضاء العقد : يجب التمييز هنا بين العقد الفوري والعقد الزمني . فالعقد الفوري ، ولو كان مؤجل التنفيذ ، ينقضي بتنفيذ ماينشأ عنه من الالتزامات . فالبيع مثلا ينقضي بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسلمه للعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التي تنشأ عن العقد . وكل هذه الالتزامات ، عندما يحل وقت الوفاء بها ، تنفذ فوراً ، جملة واحدة أو على أقساط .

والعقد الزمني انقضاؤه معقود بانقضاء الزمن . لأن الزمن كما قدمنا عنصر جوهري فيه . فالإيجار ينقضي بانتهاء المدة المحددة . فإذا لم تحدد له مدة انقضى بإنهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميعاد الإخطار الذي يعينه القانون أو الاتفاق . وكالإيجار الشركة وعقد العمل .

٢٩٣ – انحلال العقد : وينحل العقد ، قبل انقضائه ، باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون . فالانحلال باتفاق الطرفين هو التقايل (résiliation conventionnelle) ، أما الأسباب التي يقررها القانون فأهمها الإلغاء بإرادة منفردة (résiliation unilatérale) والفسخ (résolution) .

ويتم التقايل باتفاق المتعاقدين على إلغاء العقد . ويكون ذلك بإيجاب وقبول كما هو الأمر في العقد الأصلي [1] . والأصل أن التقايل ليس له أثر رجعي ، فإذا تقايل المتبايعان البيع كان هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري يعقبه عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع . وقد يتراضى المتبايعان على أن يكون للتقايل أثر رجعي فيعتبر البيع بهذا التقايل كأن لم يكن ، على أن تراعى حقوق الغير ووجوب التسجيل . فإذا اتفق المتبايعان على التقايل بأثر رجعي ، فالتقايل لا يمس الحقوق التي رتبها المشتري للغير على العين المبيعة قبل التقايل ، ويجب تسجيل التقايل كما سجل العقد الأصلي حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأول .

---

(١) ويجوز أن يكون الإيجاب والقبول ضمنيين (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢١ ص ٤٧٠) .

وقد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق فى أن يستقل بإلغاء العقد . وقد نص القانون على ذلك فى عقود نذكر منها الوكالة والعارية والوديعة والمقاولة والقرض والدخل الدائم وعقد التأمين والهبة والشركة(١) .

وفى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه. جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضى فسخ العقد . وله أيضاً أن يطالب بدلاً من الفسخ وقف تنفيذ العقد حتى يقوم الطرف الآخر من جانبه بالتنفيذ . وهذا مايسمى بالدفع بعدم تنفيذ العقد . ونقف عند الفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد لأهميتهما . ونفصل ما يتعلق بهما من الأحكام .

الفرع الأول

فسخ العقد(*)

٢٩٤ – أساس نظرية الفسخ : يقال عادة إن أساس الفسخ هو شرط فاسخ ضمنى مفروض فى العقد الملزم للجانبين . وهو ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه . فإذا تحقق الشرط وتخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه . كان للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد . ولايقوم هذا على أساس صحيح(٢) .

---

(١) انظر فى الوكالة م ٧١٥ – ٧١٦ مدنى – وفى العارية م ٣/٦٤٣ و ٦٤٤ مدنى – وفى الوديعة م ٧٢٢ مدنى – وفى المقاولة م ١/٦٦٣ مدنى – وفى القرض م ٥٤٤ مدنى – وفى الدخل الدائم م ٥٤٦ مدنى – وفى عقد التأمين على الحياة م ٧٥٩ و ٧٦٢ مدنى – وفى الهبة م ٥٠٠ – ٥٠٣ مدنى – وفى الشركة م ٥٣١ مدنى .

(*) مراجع : كابيتان فى السبب – كاسان (Cassin) رسالة من باريس سنة ١٩١٤ – مورى (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ – بوابيه رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ – شفرييه رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ – ليبلتييه (Lepeltier) رسالة من كان سنة ١٩٢٤ – كنستانتنسكو (Constantinesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩) .

(٢) بل يرجع إلى اعتبارات تاريخية . فنظرية الفسخ هى ثمرة تطور طويل . ذلك أن القانون الرومانى كان يأبى التسليم بها . بل كان العقد الملزم للجانبين فى هذا القانون ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض . ولا تقابل بينها . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالبه بالتنفيذ ، ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ . ثم أفسح الرومان لفكرة الفسخ مجالا ضيقاً فى عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رضائياً ، فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً يجعل الحق للبائع فى فسخ البيع إذا لم يدفع المشترى الثمن (lex commissoria) . =

ولو كان صحيحاً لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه يتحقق الشرط فينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، مع أن الفسخ لايكون إلا بحكم قضائي أو باتفاق . وللقاضي حق التقدير فيجيب طلب الفسخ أو يرفضه ، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوقى الحكم بالفسخ ، وللدائن أن يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه .

ولانميل إلى اتخاذ نظرية السبب أساسا لنظرية الفسخ ، كما تذهب جمهرة الفقهاء . ونؤثر ، كما بينا في نظرية السبب ، أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط (interdépendance) ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين . إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر ، فيبدو أمراً طبيعياً عادلا أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ ما في ذمته من التزام وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، أو أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام وهذا هو الفسخ (١) .

والفسخ يكون بحكم القاضي . وهذا هو الأصل . وقد يكون باتفاق المتعاقدين . ويكون في بعض الأحوال بحكم القانون . ويسمى عند ذلك انفساخا .فنبحث : (١) الفسخ بحكم القضاء (٢) الفسخ بحكم الاتفاق (٣) الانفساخ بحكم القانون .

المبحث الأول

الفسخ بحكم القضاء

٢٩٥ – شروط المطالبة بالفسخ : حتى تجوز المطالبة بالفسخ يجب

= وسار على ذلك القانون الفرنسي القديم ، بل أجاز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح إذ افترض وجود شرط ضمني في العقد ، ولكن الفسخ كان لا يتم مع ذلك إلا بحكم قضائي . ونقل التقنين المدني الفرنسي نظرية الفسخ متأثرة بهذه الصياغة . فذكر في المادة ١١٨٤ أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما في ذمته من التزام . وهو لم يرد بهذا أكثر من أن يقرر القاعدة التي تقضي بجواز فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، أما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حملته عليه الاعتبارات التاريخية التي قدمناها .

(١) انظر في الآراء الفقهية المختلفة في التأصيل القانوني لفسخ العقد حسين عامر في إلغاء العقد فقرة ٣٦٠ – فقرة ٣٧١ .

توافر شروط ثلاثة : (١) أن يكون العقد ملزماً للجانبين (٢) ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه (٣) أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ مستعدا للقيام بتنفيذ التزامه من جهة ، وقادراً على إعادة الحالة إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى .

فيجب أولا أن يكون العقد ملزماً للجانبين . ذلك أن الفسخ مبنى على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة وليس يوجد إلا العقود الملزمة للجانبين التى ينشأ عنها التزامات متقابلة[١] . أما العقود التى لا يمكن إلا أن تكون ملزمة لجانب واحد ، كالوديعة بغير أجر والهبة بغير عوض . فلا يمكن تصور الفسخ فيها . فإن طرفاً واحدا هو الملتزم . فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه ، لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة فى طلب الفسخ إذ ليس فى ذمته أى التزام يتحلل منه بالفسخ . بل مصلحته هى فى أن يطلب تنفيذ العقد .

ويجب ثانيا ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه . فإذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالته بسبب أجنبى . فإن التزام المدين ينقضى فينقضى الالتزام المقابل له . وينفسخ العقد بحكم القانون . ونرى من ذلك أنه إذا أصبح التنفيذ مستحيلا لسبب أجنبى ، خرجنا من نطاق الفسخ إلى نطاق الانفساخ . فيجب إذن لنبقى فى نطاق الفسخ أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير سبب أجنبى ، بأن يكون التنفيذ العينى أصبح مستحيلا بفعل المدين . أو لا يزال ممكنا ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ . ففى هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد .

ويجب أخيراً أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعداً للقيام بتنفيذ التزامه الذى نشأ من العقد الملزم للجانبين . فليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام . ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشىء إلى أصله . فلا بد أيضاً للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذى

---

(١) وقد قدمنا ، عند الكلام فى تقسيم العقد إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم لجانب واحد . أن بعض العقود التى كانت تعتبر عقوداً ملزمة لجانب واحد فى عهد التقنين المدنى السابق ، كالعارية والقرض ورهن الحيازة ، يرد عليها الفسخ . وقدمنا أن الفقهاء ذهبت فى أمر هذه العقود مذاهب شتى ، فمنهم من ينكر فيها حق الفسخ ، ومنهم من يقره ولكن يسميه إسقاطاً (decheánce) ، ومنهم من يقره على أنه فسخ ويذهب إلى أن حق الفسخ يكون فى العقود الملزمة لجانب واحد . وعندنا أن الفسخ جائز فى هذه العقود ، لأنها عقود ملزمة للجانبين حتى فى عهد التقنين المدنى السابق ، وقد سبق لنا بيان ذلك (انظر آنفاً فقرة ٣٦ فى الهامش) .

يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ . فإذا كان قد تسلم شيئاً بموجب العقد وباعه لآخر ، فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ ، لأنه لايستطيع أن أن ينزع الشيء من يد المشترى ليرده إلى من تعاقد معه إذ فى هذا إخلال بالتزام الضمان . أما إذا كان المدين هو الذى استحال عليه أن يرد الشيء إلى أصله ، فإن ذلك لايمنع من الفسخ ، ويقضى على المدين فى هذه الحالة بالتعويض ، وسيأتى بيان ذلك .

٢٩٦ – كيف يستعمل حق الفسخ : تنص المادة ١٥٧ مدنى على أنه : « ١ – فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر ، بعد إعذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض . ٢ – ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته »[(١)]. فيجب إذن أن يعذر الدائن المدين قبل المطالبة بالفسخ ، على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً . ولكن إعذار الدائن للمدين قبل رفع دعوى الفسخ له أهمية عملية تظهر فى أمرين : (١) يجعل القاضى أسرع استجابة لطلب الفسخ (٢) ويجعله أقرب إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ[(٢)].

ولابد من رفع دعوى وصدور حكم بالفسخ[(٣)]. وهنا يتجلى الفرق

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٨ (مطابق) – الليبى م ١٥٩ (مطابق) – العراقى م ١٧٧ (موافق) – اللبنانى م ٢٣٩ – ٢٤١ (موافق) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٥٠ – ويلاحظ أنه لاضرورة للإعذار قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو الامتناع عن عمل شيء وعمله المدين (م ٢٠٠ مدنى) . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان يتعين لكى تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقاً للشرط الفاسخ الضمنى أن ينبه البائع على المشترى بالوفاء تنبيهاً رسمياً ، إلا أن محل ذلك ألا يكون المشترى قد صرح بعدم رغبته فى القيام بالتزامه ، فإذا كان المشترى قد عرض ثمناً أقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك لحين الفصل فى الدعوى ، فلا تكون هناك حاجة لكى يصح الحكم بالفسخ إلى ضرورة التنبيه على المشترى بوفاء الثمن المستحق (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٦ ص ٦٣١) .

(٣) نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ – ٨ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٠ ص ١٩٦ – استئناف مصر ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٠ =

ما بين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق . فى الفسخ بحكم الاتفاق — وكذلك الانفساخ بحكم القانون — يكون الحكم كاشفاً عن الفسخ لامنشئاً له ، أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشئ للفسخ (١) .

فإذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ ، فإن الحكم بالفسخ لايكون حتمياً ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ . وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضى . فالدائن ، بعد أن يرفع دعوى الفسخ ، له قبل النطق النهائى أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ ، كما أنه إذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه إلى الفسخ (٢) . وللمدين كذلك ، قبل النطق بالحكم النهائى ، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ (٣) . كذلك القاضى ليس محتما عليه أن يحكم بالفسخ ، بل إن له فى ذلك سلطة تقديرية . فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك (٤) . وقد لايحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه (٥) . ومما يحمل القاضى على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ

= المحاماة ١١ رقم ٢٥ ص ٤٨ — استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣ — وقد يحدث عند إعذار الدائن للمدين أو عند رفع الدعوى بالفسخ على المدين أن يرد المدين على الدائن أنه يقبل الفسخ ، فيكون هذا بمثابة تقايل ذى أثر رجعى ، ويحل الاتفاق فى هذه الحالة محل الحكم وله أثره (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣) .

(١) ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ من أعمال التصرف . فإذا رفع الوصى دعوى بالفسخ دون إذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة (استئناف مصر ٢٨ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٦٧١) .

(٢) على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ فى طلب واحد (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦—١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٨) . وقد ينزل الدائن عن أحد الطلبين ، وتقدر محكمة الموضوع هل يعتبر العمل الذى صدر من المدين نزولا عن الطلب ، كما إذا أجرى المشترى إصلاحات فى العقار الذى اشتراه فيؤول ذلك بأنه نزول عن طلب الفسخ (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٩) . ولكن مجرد رفع الدائن الدعوى بأحد الطلبين لا يعتبر نزولا منه عن الطلب الآخر (نقض مدنى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٨ ص ٢٣٣) .

(٣) نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨—٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨ . ولا يبقى فى هذه الحالة إلا أن يقدر القاضى ما إذا كان هناك محل للحكم بتعويض للدائن عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، ومما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٤) نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣ .

(٥) نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٤ ص ٥١٠ .

أو إهماله فى ذلك إهمالا واضحاً رغماً من إعذار الدائن له قبل رفع الدعوى(١) . ومما حمله على استبقاء العقد أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته (٢) .

ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها . فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق فى الفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الإعذار ، طبقاً للقواعد العامة فى التقادم المسقط . وهذا بخلاف دعوى

---

(١) وهذه فائدة عملية أخرى للإعذار قبل رفع الدعوى كما سبق القول .

(٢) نقض مدنى ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ ٢٣٧ ص ٤٩٨ – ١٤ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٠ ص ١٠٢٤ . ومما يحمل القاضى على إعطاء المدين أجلا للتنفيذ أن يكون للمدين عذر فى تأخره عن التنفيذ ، ولم يصب الدائن من جراء التأخر كبير ضرر (استئناف مختلط ٩ نوفبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٨ : أراد البائع لأرض انتهاز فرصة أن المشترى تأخر قليلا عن دفع جزء من الثمن ليفسخ الصفقة بعد أن ارتفع ثمن الأراضى) . وقضت محكمة النقض بألا معقب على محكمة الموضوع إذا هى ناقشت فى حدود سلطتها التقديرية دعوى الفسخ ، ورأت بناء على أسباب سائغة رفضها . وإذن فتى كان الواقع هو أن الطاعن اشترى سيارة من المطعون عليها وتعهدت البائعة بعمل الإجراءات اللازمة لنقل الرخصة باسم المشترى فى مدة لا تزيد على ١٥ يوما وإلا التزمت بإعادة الثمن الذى قبضته مع فوائده وغرامة قدرت بمبلغ معين ، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى التى رفعها الطاعن بطلب فسخ البيع لعدم قيام المطعون عليها بالإجراء الذى تعهدت به أقام قضاءه على سببين . حاصل أولهما أن تخلف البائعة عن نقل الرخصة للمشترى لم يكن نكولا منها عن التزام جوهرى ، ذلك لأن ملكية السيارة وحيازتها قد انتقلتا للمشترى من وقت البيع ، وأنه يظهر من سكوت المشترى أنه لم ير داعياً لإثارة هذه المسألة . ولأنه ثبت أن المشترى تسلم المبيع وانتفع به زهاء ثلاث سنوات ونصف وأن المبيع من الأشياء القابلة للاستهلاك . وحاصل السبب الثانى أن البائعة عرضت على المشترى فى إنذارها نقل الرخصة لاسمه ، فلم يشأ أن يتعاون معها على إتمام الإجراءات . فإنه ليس فيما قرره هذا الحكم أية مخالفة للقانون (نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠) – ولا يمنع القاضى أن يعطى مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى ، وإذا أعطى المدين مهلة فليس له أن يعطيه مهلة أخرى ، وهذا بخلاف المهلة التى يمنحها القاضى فى دعوى التنفيذ فإنه يجوز له منح مهلة أخرى إذا لم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم (م ٣٤٦/٢ مدنى) . انظر نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٤ ص ٥١٠ . فللقاضى إذن سلطة التقدير . وسلطته هذه مسألة موضوعية لا معقب عليها من محكمة النقض (نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٥ ص ٥٦٦ – ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠) . وسنرى أن القاضى فى الفسخ الاتفاقى ليست له فى الأصل هذه السلطة التقديرية بل يتحتم عليه الحكم بالفسخ (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥) .

الإبطال ، فقد رأينا أنها تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال [١] .

٢٩٧ – ما يترتب على الفسخ من أثر : تنص المادة ١٦٠ مدنى على أنه « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض » [٢] . ويلاحظ أن هذا النص عام ، يبين ما يترتب على الفسخ من أثر سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . ويتبين من النص أيضاً أنه إذا حكم القاضى بفسخ العقد فإن العقد ينحل ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . فالفسخ له أثر رجعى [٣] . والحكم بالفسخ له هذا الأثر الرجعى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير .

ففيما بين المتعاقدين يعتبر العقد كأن لم يكن . وتجب إعادة كل شىء إلى ما كان عليه قبل العقد . فإذا كان العقد بيعاً وفسخ ، رد المشترى المبيع إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشترى . واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق . . ويسترد المتعاقد ما أعطاه لا ما يقابله [٤] .

---

(١) ويوجد بين الفسخ والإبطال ، إلى جانب هذا الفرق ، فرقان آخران : (أ) يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، ويرجع سبب الإبطال بوجه عام إلى نقص فى الأهلية أو عيب فى الإرادة . (ب) فسخ العقد موكول إلى تقدير القاضى كما بينا ، أما إذا توافر سبب الإبطال فالقاضى ليست له سلطة تقديرية ولا يملك إلا الإبطال .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦١ (مطابق) – الليبى م ١٦٢ (مطابق) – العراقى م ١٨٠ (موافق) – اللبنانى م ٢٤٢ (موافق) .

(٣) وإذا كان هذا مفهوماً فى الفسخ الاتفاقى والانفساخ القانونى حيث يقتصر الحكم على الكشف عن الفسخ دون أن ينشئه ، فإنه أيضاً مفهوم فى الفسخ القضائى ولو أن الحكم هنا منشئ للفسخ . إذ لا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً وأن يكون له أثر رجعى . فالحكم بالشفعة حكم منشئ ولكنه ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم .

(٤) ويرد المبيع بثمراته والثمن بفوائده القانونية ، وذلك كله من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة . وإذا بنى المشترى أو غرس فى العين المبيعة ، طبقت القواعد العامة (م ٩٢٤ – ٩٢٥ مدنى) ، ويعتبر المشترى فى هذا الخصوص حسن النية أو سيئها تبعاً لما إذا كان الفسخ حكم به له أو عليه (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠) . وإذا هلك المبيع فى يد المشترى وكان البائع هو الذى يطالب بالفسخ ، فإن كان الهلاك بخطأ المشترى حكم عليه بالتعويض (م ١٦٠ مدنى) . أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبى لم يكن المشترى مسئولا إلا بقدر =

وللدائن الذى أجيب إلى طلب الفسخ أن يرجع بالتعويض على المدين. إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطأه(١) . والتعويض هنا يبنى على المسئولية التقصيرية لا على المسئولية العقدية . فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض(٢) . وإذا كان العقد زمنياً كالإيجار وفسخ ، لم يكن لفسخه أثر رجعى . لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصى على هذا الأثر ، فالزمن فيها معقود عليه وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه . ويترتب على ذلك أن المدة التى انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محتفظة بآثارها ، وتكون الأجرة المستحقة عن هذه المدة لها صفة الأجرة لا التعويض فيبقى لها امتياز المؤجر (٣) .

وينحل العقد بأثر رجعى أيضاً بالنسبة إلى الغير . فإذا كان العقد بيعاً ، وباع المشترى العين إلى مشتر ثان أو رتب عليها حقاً عينياً كرهن أو ارتفاق ، ثم طالب البائع بفسخ البيع وأجيب إلى طلبه . رجعت العين إلى البائع خالية من هذه الحقوق(٤) .

= ما عاد عليه من منفعة . وللبائع أن يسترد الشيء التالف فى الصورة التى آل إليها دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف . غير أنه لا يتصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ بعد أن يعلم أن المبيع قد هلك بسبب أجنبى . فخير له فى هذه الحالة استبقاء البيع والمطالبة بالثمن فيتحمل المشترى بذلك تبعة الهلاك .

(١) نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢ .

(٢) وإذا كان ما طلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه ، جاز الحكم له بتعويض على أساس المسئولية العقدية ، لأن العقد فى هذه الحالة بقى قائماً ولم يفسخ . فيصح إذن للدائن أن يحصل على تعويض ، إما مع بقاء العقد على أساس المسئولية العقدية ، وإما بعد فسخ العقد على أساس المسئولية التقصيرية . وهذا هو ما عنته الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ مدنى حين قضت بأن للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه « مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض » .

(٣) وهذا بخلاف إبطال العقد الزمنى . فإن العقد يعتبر كأن لم يكن بالإبطال ، ويكون المستحق عن المدة السابقة على الحكم بالإبطال تعويضاً لا أجرة ، فلا يكفله امتياز المؤجر ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى البطلان .

(٤) على أنه يجب تسجيل دعوى الفسخ قبل ترتيب الحق العينى ، فإذا ما كسب الغير حقاً عينياً على العين المبيعة قبل تسجيل دعوى الفسخ فإن حقه هذا يسرى فى حق البائع إذا كان الغير حسن النية أى لا يعلم وقت أن كسب حقه بقيام سبب الفسخ . وقد سبق بيان ذلك فى البطلان ، والفسخ مثل البطلان فى ذلك .

المبحث الثانى

الفسخ بحكم الاتفاق

٢٩٨ – الاتفاق على الفسخ – التدرج فى هذا الاتفاق : تنص المادة ١٥٨ مدنى على أنه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لايعفى من الإعذار . إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه »[1]. فيحدث إذن أن يتفق المتعاقدان مقدما وقت صدور العقد على الفسخ إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . وقد أظهر العمل أن المتعاقدين يتدرجان فى اشتراط الفسخ على هذا النحو . فأدنى مراتب هذا الشرط هو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . وقد يزيدان فى قوة هذا الشرط ، بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، أومفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ويصلان إلى الذروة ، إذا اتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أوإنذار ، أودون حاجة إلى إنذار . ونبحث الآن حكم كل شرط من هذه الشروط الثلاثة .

٢٩٩ – الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا : وحكم هذا الشرط يتوقف على نية المتعاقدين ، فقد يكونان أرادا به تحتيم الفسخ إذا أخل المدين بالتزامه ، فيتحتم على القاضى فى هذه الحالة أن يحكم بالفسخ ، ولكن هذا لايغنى عن رفع الدعوى بالفسخ ولاعن الإعذار . إلا أنه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو . والغالب أن المتعاقدين لايريدان بهذا الشرط إلا ترديد القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ . وعلى ذلك لايغنى الشرط عن الإعذار . ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٩ (مطابق) – الليبى م ١٦٠ (مطابق) – العراقى م ١٧٨ (موافق) – اللبنانى م ٢٤١ / ٤ (موافق) .

بالفسخ . ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ وله أن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه . بل هو لا يسلب المدين حقه من توقى الفسخ بتنفيذ الالتزام إلى أن يصدر الحكم النهائى بالفسخ (١) .

٣٠٠ – الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه أو مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم : والشرط على هذا النحو لا يعفى من الإعذار . ويفسر فى الغالب على أنه يسلب القاضى سلطته التقديرية فلا يستطيع إعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه ، ويتعين عليه الحكم بالفسخ (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد الإخلال بالالتزام ، إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه . ولما كانت عبارة الشرط الواردة فى نهاية عقد الصلح . ونصها « إذا أخلت المشترية بشروط هذا الصلح أو أحده فيكون البيع لاغياً » ، لا تفيد المعنى الذى يذهب إليه الطاعنان ، بل ما هى إلا ترديد للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥١ ص ١٧٧) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن شرط الفسخ لا يعتبر صريحاً إلا إذا كان يفيد انفساخ عقد البيع من تلقاء نفسه . أما إذا تعهد المشترى بأداء باقى ثمن المبيع فى ميعاد عينه فإن لم يؤده فى هذا الميعاد كان للبائع الحق فى فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ الضمنى (نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨) . وقضت أيضاً بأنه لا يعتبر عقد البيع مفسوخاً لعدم قيام المشترى بدفع الثمن فى الميعاد ، إلا إذا اتفق العاقدان على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون إعذار . أما إذا كان اتفاقهما مجرد ترديد للشرط الفاسخ الضمنى ، فلا يترتب على تخلف المشترى انفساخ العقد حتما (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٦ ص ٩٨٨) – انظر أيضاً نقض مدنى ٢٤ نوفبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٦ ص ١٥١٠ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥ – استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ – استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢ .

(٢) ولا تعارض فى هذه الحالة بين إعذار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك . فإن الإعذار لا يعتبر تنازلا عن المطالبة بفسخ العقد . بل هو شرط واجب لرفع دعوى الفسخ (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) – ولا يمنع وجود هذا الشرط الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلا من المطالبة بفسخه . فإن فسخ العقد لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك ، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ (مصر الكلية الوطنية ٣٠ يوليه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٩٥ ص ٢١٦) – انظر أيضاً نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥ – استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ – ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٦) .

والفرق بين أن يشترط الدائن أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وبين أن يشترط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم فرق نظرى : ففى الحالة الأولى يكون حكم القاضى منشئاً للفسخ . وفى الحالة الأخرى يكون الحكم كاشفاً عن الفسخ(١). ولكن لاتكاد توجد فروق عملية بين الحالتين (٢) ، ففى كلتيهما يكون للفسخ أثر رجعى ويعتبر العقد كأن لم يكن ، وفى كلتيهما يكون للدائن الخيار بين الفسخ والتنفيذ .

٣٠١ — الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار ، أو مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار : وهذا هو أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة(٣) . وفى هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به ، دون حاجة إلى إعذاره (٤) ودون أن يجوز إعطاؤه مهلة للتنفيذ(٥) .

---

(١) ولكن الأمر يرجع فى النهاية إلى نية المتعاقدين ، فقد يكونان أرادا بأن العقد يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه أنه ينفسخ دون حاجة إلى حكم . ومن ثم يكون الحكم فى هذه الحالة كاشفاً عن الفسخ لا منشئاً اه .

(٢) وقد يوجد فرق عملى فى أنه لما كان الحكم فى الحالة الأخرى كاشفاً عن الفسخ لا منشئاً له ، فإنه يجوز للدائن الالتجاء إلى قاضى الأمور المستعجلة لمطالبة المدين برد العين إليه . ويكون قاضى الأمور المستعجلة مختصاً فى هذه الحالة لأنه يجد أمامه عقداً مفسوخاً ، لا عقداً يطلب منه أن يفسخه مما يضطره إلى الخوض فى مسائل موضوعية . انظر فى هذا المعنى مصر الكلية مستعجل ١٣ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٠٠ ص ٥٨٧ .

(٣) ولعل اشتراط الفسخ دون حاجة إلى حكم أو إنذار أقوى من اشتراطه دون حاجة إلى إنذار ، ففى الحالة الأولى يكون قاضى الأمور المستعجلة مختصاً لأن حكم القاضى يكون كاشفاً عن الفسخ ، ولا يكون مختصاً فى الحالة الثانية لأن حكم القاضى يكون منشئاً للفسخ ، كما سبق القول .

(٤) نقض مدنى ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٤ ص ٩٤٦ .

(٥) نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٠ ص ١٥٧ — ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ — ولكن للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٠ ص ٧٣٨ — استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٦ ص ١٦٣ — استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤ — ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١ .

ولكن هذا الشرط[١] لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه ، وإلا كان تحت رحمة المدين إذا شاء هذا جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن تنفيذ التزامه . ويترتب على ذلك أن العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته فى ذلك ، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان الدائن لم يتمسك به . وإذا نزل عنه الدائن ، عاد للمدين الحق فى الوفاء بالتزامه قبل الحكم بالفسخ وفقاً لأحكام الفسخ القضائى[٢] .

٣٠٢ – ما يترتب على الفسخ الاتفاقى من أثر : قدمنا[٣] أن نص المادة ١٦٠ مدنى هو نص عام ، يبين ما يترتب على الفسخ من أثر سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو باتفاق المتعاقدين أو بموجب القانون . فإذا فسخ العقد بحكم الاتفاق ، فى أية صورة من الصور التى تقدم ذكرها ، سواء كان الفسخ بحكم منشئ أو بحكم كاشف أو بغير حكم أصلا ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض .

---

(١) وليس من الضرورى أن يوضع الشرط الذى نحن بصدده فى الصيغة المتقدم ذكرها . وقد قضت محكمة النقض بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح ، وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا فى العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه ، ونصا على أنه عند إخلال المشترى بشروط العقد يرخص الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أى اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد مسخ مدلول نص العقد لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) — وانظر أيضاً نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦ .

وقد نصت المادة ٤٦١ مدنى على أنه « فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك . وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » . ونرى من ذلك أنه فى بيع المنقولات يكفى أن يكون هناك اتفاق على ميعاد دفع الثمن وتسليم المبيع ، فإذا حل الميعاد ولم يدفع الثمن ، واختار البائع الفسخ ، كان البيع مفسوخاً حتما من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار ، إذا لم يوجد اتفاق على غير ذلك ، فيكون الاتفاق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع فى بيع المنقولات بمثابة اتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار .

(٢) نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٥ ص ٩٢٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

وينحل العقد بأثر رجعي سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، وذلك فيما عدا العقود الزمنية . كل هذا على التفصيل الذى تقدم بيانه عند الكلام فى أثر الفسخ بحكم القاضى[١] .

المبحث الثالث

انفساخ العقد بحكم القانون

٣٠٣ – انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه وانفساخ العقد : تنص المادة ١٥٩ مدنى على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه . انقضت الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه[٢] » . ولا ينقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه . طبقاً للمادة ٣٧٣ مدنى ، إلا إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لابد له فيه . فإذا استحال على المدين فى العقد الملزم للجانبين تنفيذ التزامه ، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه (م٢١٥ مدنى) ، وهذه هى المسئولية العقدية التى فصلنا قواعدها فيما تقدم . فالعقد إذن لا ينفسخ . ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائى بدلا من تطبيق قواعد المسئولية العقدية . فيطلب الدائن فسخ العقد . وفى هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يجيبه إلى طلبه ، إذ لا محل لإمهال المدين لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلا . فيحكم بفسخ العقد . والحكم هنا منشئ للفسخ لا كاشف عنه ، والعقد لم ينفسخ بحكم القانون بل فسخ بحكم القاضى .

أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى . فإن الالتزام ينقضى[٣] كما قدمنا . وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون طبقاً

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

(٢) التقنينات العربية الأخرى : السورى م ١٦٠ (مطابق) – الليبى ١٦١ (مطابق) – العراق م ١٧٩ (موافق) – اللبنانى م ٢٤٣ – ٢٤٤ (موافق) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة بطروء قوة قاهرة أو حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه . وإذا كان الحكم =

للمادة ١٥٩ مدنى المتقدمة الذكر[1] . والعلة فى هذا واضحة : فقد انقضى الالتزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى[2] . فلم يعد ثمة محل للمسئولية العقدية ليختار الدائن بينها وبين فسخ العقد كما كان يفعل لو أن الاستحالة لاترجع إلى سبب أجنبى . فلم يبق إلا فسخ العقد . ولا محل هنا لا للخيار بين التنفيذ والفسخ ولا للإعذار . لأن كل هذا لايتصور إلا إذا كان التنفيذ لايزال ممكناً . ولذلك نص القانون على أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه . فلا حاجة لحكم قضائى بالفسخ . وإذا التجأ الدائن للقضاء فى هذه الحالة فإنما يكون ذلك ليتقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبى أمر محقق – فقد يقوم نزاع فى ذلك – وأن العقد قد انفسخ . فالحكم هنا يكشف عن انفساخ العقد . ولا ينشئ الفسخ .

٣٠٤ – مبدأ تحمل التبعة : فإذا انفسخ العقد بحكم القانون . كانت التبعة فى انقضاء الالتزام الذى استحال تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام .

= قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد أبرم بعد صدور قانون تقسيم الأراضى رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وأن امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان متوقعاً كأثر من آثار هذا القانون . فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ . فإن ذلك يكون استخلاصاً موضوعياً سائغاً لا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدنى ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٠ ص ٧٨٩) . وقضت أيضاً بأن بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل فى النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لا يؤدى إلى انفساخ هذا العقد . ولا يسوغ فى ذاته الفسخ . إذ أن بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشيء المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع . ذلك أن هلاك الشيء المبيع هو زواله من الوجود بمقوماته الطبيعية ، بسبب آفة سماوية أو حادث مادى بفعل إنسان . أما بيع الشيء بأمر القضاء المستعجل خشية التلف فهو إجراء وقتى قصد به صيانة الشيء المبيع من الهلاك ، وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه . ونقل النزاع الذى كان دائراً حول عين معينة إلى بديلها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو الذى ينصرف إليه أثر عقد البيع (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

(١) نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٣ ص ٦٧٧ .

(٢) والمراد بالالتزام الذى استحال تنفيذه هو الالتزام الأساسى الناشئ من العقد ، دون الالتزام الثانوى أو التبعى . فالتزام البائع الأساسى هو نقل الملكية والتسليم ، والتزام المشترى الأساسى هو دفع الثمن . كذلك يعتبر التزاماً أساسياً فى عقد الإيجار التزام المؤجر بتسليم العين وبتمكين المستأجر من الانتفاع ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة وبالمحافظة على العين .

فهو لا يد له فى استحالة التنفيذ لأن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي . ومع ذلك لايستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل . فالخسارة فى نهاية الأمر تقع عليه وهو الذى يتحملها . وهذا هو مبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين . ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين ، وهى الفكرة التى انبنى عليها انفساخ العقد[1]. ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة . وهلك الشيء فى يد المودع عنده بسبب أجنبي فاستحال عليه رده إلى المودع ، فإن الذى يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين . والسبب فى ذلك واضح . إذ الدائن — وهو هنا المودع — ليس فى ذمته التزام يتحلل منه فى مقابل تحلل المدين — وهو هنا المودع عنده — من التزامه . فالدائن هو الذى يتحمل الخسارة فى آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين ، وهو الذى يتحمل تبعة هذه الاستحالة .

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين[2] ، والدائن هو الذى يتحملها فى العقود الملزمة لجانب واحد .

٣٠٥ — الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون : وإذا انفسخ العقد بحكم القانون ، ترتب على انفساخه من الأثر مايترتب على فسخه

---

(١) محمد زكى عبد البر فى نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى فقرة ٢٦ .

(٢) وقد توخى التقنين المدنى المصرى أن يجعل القاعدة التى تقضى بأن تكون التبعة على المدين فى العقد الملزم للجانبين قاعدة مطردة ، فطبقها فى البيع سواء كان بيع عين معينة أو بيع مقدرات (م ٤٣٧ مدنى) ، وطبقها فى الشركة (م ٥١١ مدنى) ، وطبقها فى العقد المعلق على شرط واقف ، بل إنه أنكر على الشرط أثره الرجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلا بسبب أجنبى (م ٢٧٠/٢ مدنى) ، وطبقها فى العقود غير الناقلة للملكية كالإيجار (م ٥٦٩ مدنى) والمقاولة (م ٦٦٤ - ٦٦٥) . أما التقنين المدنى الفرنسى فيحمل التبعة فى عقد البيع الدائن لا المدين ، فإذا هلك المبيع قبل تسليمه هلك على المشترى لا على البائع ، فالهلاك إذن يكون على المالك (res perit domino) (م ١٦٢٤ مدنى فرنسى) . وكذلك فعل فى عقد المقايضة (م ١٧٠٧ مدنى فرنسى) . ولكنه عدل عن هذا الحكم وجعل الهلاك على المدين ، إذا كان فى العقد شرط واقف وهلك الشيء قبل تحقق الشرط . كذلك جعل تبعة الهلاك فى عقد الشركة على المدين (م ١٨٦٧ مدنى فرنسى) . فلم تطرد له قاعدة فى هذه المسألة الهامة ، بخلاف التقنين المدنى المصرى فقد اطردت قاعدته كما سبق القول .

بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق كما سبق القول . فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد (م ١٦٠ مدنى) . ولا محل للتعويض ، لأن المدين قد انقضى التزامه بسبب أجنبي لا يد له فيه .

وكل ما سبق أن قررناه فى هذا الصدد ، فيما عدا التعويض ، من انحلال العقد بأثر رجعى ، ومن أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ومن انعدام الأثر الرجعى بالنسبة إلى العقود الزمنية[1] ، ينطبق هنا[2] .

الفرع الثانى

الدفع بعدم تنفيذ العقد(*)

(Exceptio non adimpleti contractus)

٣٠٦ – تاريخ القاعدة : تقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتى : إذا كان للدائن فى العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، فيتحلل الدائن بذلك من تنفيذ ما ترتب فى ذمته من التزام ، فله من باب أولى ، بدلا من أن يتحلل من تنفيذ التزامه ، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه . والفكرة التى بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هى عين الفكرة التى بنى عليها فسخ العقد : الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين ، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى .

ولم يكن المبدأ معروفاً فى القانون الرومانى على النحو الذى عرف به فيما

---

(١) انظر فى الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد الزمنى عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٦٠ – ١٦٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

(*) مراجع : كابيتان فى السبب فقرة ١٢١ وما بعدها – سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٧١ ومابعدها – بنكاز ملحق بودرى ٥ ص ٥٧١ ص ٦٨٠ – رينو (Raynaud) فى الدفع المستخلص من عدم التنفيذ رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ – كاسان (Cassin) فى الدفع المستخلص من عدم التنفيذ فى العلاقات الملزمة للجانبين رسالة من باريس سنة ١٩١٤ – هوان (Houin) فى التمييز ما بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ .

بعد . وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذى يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه دون أن يقوم هو بما فى ذمته من التزام بموجب عقد ملزم للجانبين ، دفعا بالغش (exception de dol) . ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتى ، بل كان هو الدفع بالغش المعروف فى كل العقود المبنية على حسن النية . فلم يكن له اسم خاص ، ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) إلا فى القانون الفرنسى القديم . فالاصطلاح لم يكن رومانياً وإن كان لاتينياً ، وقد وضعه المتأخرون من شراح القانون الرومانى (postglossateurs) فى العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعدة ونسبوها إلى القانون الرومانى .

ولم يضع التقنين المدنى الفرنسى نصاً عاما يقرر به القاعدة ، بل اقتصر على تطبيقات متفرقة للمبدأ . ونهج التقنين المدنى المصرى السابق على منواله . أما التقنينات الحديثة فقد صاغت المبدأ فى نص عام . فعل ذلك التقنين المدنى الألمانى (م ٣٢٠) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ٨٢) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م٤٨) .

وسار التقنين المدنى المصرى الجديد على نهج التقنينات الحديثة ، فصاغ المبدأ فى نص عام هو المادة ١٦١ مدنى . وتجرى على الوجه الآتى : « فى العقود الملزمة للجانبين . إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به »[١] .

ونفصل قواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد ، متبعين الخطة التى اتبعناها عند الكلام فى الفسخ القضائى . فنبحث : (١) متى يمكن التمسك بالدفع (٢) كيف يكون التمسك به (٣) مايترتب على التمسك به من أثر .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٢ (مطابق) - الليبى م ١٦٣ (مطابق) - العراقى ٢٨٠ (موافق) - اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

المبحث الأول

متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٣٠٧ — فى عقد ملزم للجانبين : الدفع بعدم التنفيذ . كالفسخ محصور فى العقود الملزمة للجانبين (١) . وقد صرحت بذلك المادة ١٦١ مدنى المتقدمة الذكر . ومن ثم كان الحق فى الحبس أوسع نطاقا من الدفع بعدم تنفيذ العقد . إذ الحق فى الحبس يفترض شخصين كل منهما دائن للآخر ومدين له . والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتبط به دون أن يتولدا حتما من عقد ملزم للجانبين . فيكون هذا الارتباط أساسا للحق فى الحبس . فمن حاز بعقد أو بغير عقد شيئاً مملوكاً للغير . كالمودع عنده والمستعير والمغتصب والحائز بحسن نية . وأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة . كان له أن يرجع بهذه المصروفات على الوجه الذى بينه القانون . ومن ثم يوجد حائز الشىء ومالكه . والحائز مدين للمالك برد الشىء ودائن له باسترداد المصروفات ، لذلك يجوز للحائز أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى من المالك حقه ، وهذا هو الحق فى الحبس . وهو بهذا العموم يتسع ليدخل فى نطاقه الدفع بعدم تنفيذ العقد ، فالبائع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن . فمن حقه أن يحبس العين حتى يستوفى الثمن . ومن حق المشترى حبس الثمن حتى يتسلم العين دون معارضة(٢) ، وهذا تطبيق للحق فى الحبس فى عقد ملزم للجانبين ، وهو فى الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد(٣) .

---

(١) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٣ — صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٨٠ وفقرة ٩٧ — وانظر فى تطبيقات تشريعية متفرقة لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ المواد ٤٥٧ و٤٥٩ و٦٠٥ مدنى .

(٢) نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٢٢ ص٨١٠.

(٣) ويمكن أن ندرك ما يقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة : المقاصة والفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد والحق فى الحبس ، وهى نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هى تقابل الالتزامات . فحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر ، يكون من العدل أن يستوفى كل منهما ما له من حق مما عليه من دين — وهذه هى المقاصة والفسخ — أو فى القليل يقف وفاء =

ومن ثم يكون الدفع بعدم تنفيذ العقد فرعاً عن الحق في الحبس ، فحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ . فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقاً في الحبس لادفعاً بعدم تنفيذ العقد[1] .

٣٠٨ – الالتزام الذي يدفع بأنه لم ينفذ يجب أن يكون واجب التنفيذ حالا : ولايكفي أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين . بل يجب أيضاً

= ما عليه من دين حتى يستوفى ماله من حق – وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد والحق في الحبس . ومما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الرومان كانوا يعالجونها علاجا واحداً هو الدفع بالغش . يستعملونه في المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس .

(١) فالحبس للمصروفات الضرورية أو النافعة في عقود العارية والوديعة ورهن الحيازة وفي غير عقد أصلا لا يكون دفعاً بعدم التنفيذ ، بل حقاً في الحبس . وإذا زال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه ما دام المتعاقد الآخر يرد إليه ماتسلمه أو يتقدم ضماناً لهذا الرد . وهذا هو أيضاً حق في الحبس لا دفع بعدم التنفيذ ، لأن العقد قد زال . وحتى في نطاق العقد الملزم للجانبين ، يكون محل إثارة الدفع بعدم التنفيذ مقصوراً على ما تقابل من التزامات طرفي العقد ، ومناط ذلك إرادتهما ، وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع هو أن المدعى عليه قد اشترى قطعة أرض تجاور ملك المدعى ، فأظهر هذا الأخير رغبته في أخذ هذه الأرض بالشفعة ، ولكن إجراءاتها لم تتم لاتفاق عقد بين الطرفين تنازل المدعى بمقتضاه عن السير في دعوى الشفعة كما دفع مبلغاً من المال إلى المدعى عليه وذلك في مقابل إنشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار المدعى وهو عدم التعلية لأكثر من ارتفاع معين ، كما ورد في الاتفاق أن المدعى قد تعهد بترك مترين بطول ملكه ليكون مع ما يتركه المدعى عليه فضاء أو حديقة لمنفعة العقارين المتجاورين ، وكانت المحكمة قد استخلصت من عبارات الاتفاق ونصوصه أن التزام المدعى بدفع المبلغ والتنازل عن طلب الشفعة هو مقابل التزام المدعى عليه بترك جزء فضاء من ملكه وعدم قيامه بتعلية بناء عمارته لأكثر من الارتفاع الوارد بالاتفاق ، وأن المدعى قد وفى بالتزامه بدفع المبلغ والتنازل عن الشفعة ، وأنه كان على المدعى عليه أن ينفذ التزامه بعدم تعلية البناء لأكثر من الارتفاع المتفق عليه ، وأنه لا يجوز له التحدي بقيام المدعى بالبناء في الأرض التي تعهد بتركها فضاء لأن هذا الالتزام مستقل عن الالتزامات المتقابلة التي رتبها العاقدان ، ولا مجال للتعرض لهذا الالتزام أو البحث في الإخلال به لأن محله هو التداعي استقلالا ، وكان هذا الذي استخلصته المحكمة هو استخلاص سائغ تحتمله نصوص العقد وتفيده عباراته ، فإنه يكون في غير محله تذرع المدعى عليه بعدم التنفيذ في مقام الرد على دعوى المدعى إذا هو طالب باحترام التزامه بعدم التعلية (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٦ ص ٩٦٩) .

أن يكون الالتزام الذى يدفع بأنه لم ينفذ التزاما واجب التنفيذ حالا . فلايجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام غير حال ، فالبائع لايستطيع أن يحبس العين لعدم استيفاء الثمن إذا كان الثمن مؤجلا[١] . وإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر ، فلا يحق له أن يستعمل هذا الدفع إذ يتعين عليه أن يفى بما التزم به قبل أن يقوم المتعاقد الآخر بالتزامه[٢].

المبحث الثانى

كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٣٠٩ — عدم ضرورة الإعذار : لايحتاج التمسك بالدفع إلى إعذار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع . وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإعذار واجب قبلها كما قدمنا . على أن التمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه . وفى هذا إعذار كاف للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذى فى ذمته[٣] .

٣١٠ — ترك الأمر إلى تقدير المتمسك بالدفع تحت رقابة القضاء : ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذى يتمسك به . وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكول لتقدير القضاء . ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل

---

(١) وهذا ما لم يكن الأجل قد سقط طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ مدنى . ولا يمنع حلول الالتزام أن يكون القاضى قد منح المدين نظرة الميسرة ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المشترى حتى لو منح القاضى للمشترى أجلا لدفع الثمن ، ولا يمتنع الحبس إلا إذا كان الأجل ثابتاً باتفاق الطرفين .

(٢) ويجب ألا يساء استعمال الدفع ، فلا يجوز لمتعاقد أن يتمسك بالدفع إذا كان هو البادئ بعدم تنفيذ التزامه أو إذا تسبب فى عدم تنفيذ الالتزام الآخر (نقض مدنى ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩١ ص ٧٠٣) . كذلك لا يجوز التمسك بالدفع إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بمعظم التزامه ولم يبق إلا جزء يسير لا يبرر امتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه ، وكل ما يحق للمتعاقد الأول أن يفعله هو أن يبقى دون تنفيذ جزءاً من التزاماته يقابل الجزء غير المنفذ من التزام المتعاقد الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتجزئة .

(٣) وقد يكون الإعذار واجباً ، لا للتمسك بالدفع ، بل لتوليد الالتزام الذى يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع ، كما إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا ينشأ إلا بالإعذار طبقاً للقواعد العامة .

خطراً من الفسخ . فهو لا يحل العقد بل يقتصر على وقف تنفيذه . على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مرده في آخر الأمر إلى القضاء . فإنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه . استطاع الطرف الآخر أن يرفع الأمر للقضاء . وللقاضي تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره . ويتبين من ذلك أنه إذا لم يلجأ المتمسك بالدفع إلى القضاء منذ البداية ، فذلك يرجع في الواقع إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى . وطبيعة الدفع تجعل المتمسك به في غير حاجة إلى رفع دعوى . بل هو الذى ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع .

فالتمسك بالدفع يمر إذن بدورين : (الدور الأول) وهو دور غير قضائي يمتنع فيه المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه . وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه إلى عمل إيجابي . (والدور الثاني) وهو الدور القضائي لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطالب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول . ففي هذا الدور تتحقق رقابة القضاء . فإذا أقر القاضي المتمسك بالدفع على دفعه . فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه في الوقت ذاته . وقد يأخذ الدفع صورة إشكال في التنفيذ إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بالتزامه[1] .

المبحث الثالث

ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد

٣١١ — فيما بين المتعاقدين : إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ . .

---

(١) وقد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الآخر بالتنفيذ . فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ ، حكم القاضي على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه . وإذا تبين القاضي أن أحد المتعاقدين متعنت ، فإن كان المدعى رفض دعواه ؛ وإن كان المدعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط . أما إذا كان كل من المتعاقدين متعنتاً ، أوظهر ألا أحد منهما متعنت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر ، ولم يلجأ أحد لإجراءات العرض الحقيقي ، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضي بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ، وفي هذا ما يجعلهما ينفذان التزاميهما في وقت واحد .

فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه . بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً ، دون أن يزول كما فى الفسخ .

فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بنقل حق عينى . كالتزام البائع بنقل الملكية . كان للبائع أن يمتنع عن مساعدة المشترى فى تسجيل العقد حتى لاتنتقل الملكية إليه . وإذا كان التزاما بعمل . كالتزام المقاول بإقامة مبنى . كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء . وإذا كان التزاما بامتناع عن عمل . كتعهد التاجر بالكف عن مباشرة التجارة فى حى معين منعا للمزاحمة . كان للتاجر أن يستمر فى مباشرة التجارة فى هذا الحى(١) . وإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بتسليم عين . حبس المتمسك بالدفع العين حتى يستوفى حقه من المتعاقد الآخر . مثل ذلك البائع لايسلم العين المبيعة حتى يستوفى الثمن . وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق فى الحبس .

وليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الزمنية . فيجوز للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة عن المدة التى حرم فيها من الانتفاع بالعين المؤجرة . وكل وقف فى تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصا فى مقدار هذا الالتزام . فإذا تأخر المستأجر فى دفع الأجرة فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان . اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائيا — لا موقتا — التزامه فى حدود المدة التى منع فيها المستأجر من الانتفاع . فينقص التزامه بهذا المقدار . ولا يمتد عقد الإيجار مدة تعادل المدة التى وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد(٢) .

---

(١) ويلاحظ فى الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالا لا يتصور فيها وقف الالتزام ، كما إذا تعهد ممثل أو مغن أن يمتنع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال . فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال . فإنه لايسع الدائن . إلا خرق هذا الالتزام فيحيى الحفلة إذا استطاع ذلك ، ويكون هذا فسخاً للعقد لا وقفاً له . لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف . وهذا الحكم ينطبق أيضاً فى الالتزام بعمل إذا كان القيام بهذا العمل واجبا فى وقت معين وإلا فات الغرض المقصود منه . كما إذا تعهد صانع بإنجاز مصنوعات لعرضها فى معرض عام يقام فى وقت معين . فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد العرض لأنه لم يستوف أجره . كان هذا بمثابة الفسخ .

(٢) عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٦٦ — ص ١٧٧ .

٣١٢ – بالنسبة إلى الغير : يسرى الدفع فى حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق فى التمسك بالدفع . مثل ذلك أن يتأخر المشترى عن دفع الثمن ، فيتمسك البائع بالدفع ويحبس العين المبيعة . فكل من كسب حقاً من المشترى على العين المبيعة بعد التمسك بالدفع يسرى فى حقه الدفع . فإذا باع المشترى العين إلى مشتر ثان ، جاز للبائع أن يبقى حابسا للعين فى مواجهة المشترى الثانى[1] .

---

(١) ويمكن تعليل ذلك بأن المشترى لم ينقل إلى خلفه حقوقاً أكثر مما له ، وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع فى حبس العين ، فتنتقل هذه الحقوق إلى الخلف خاضعة لهذا الحق .

هذا ولا يسرى الدفع فى حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق فى التمسك بالدفع . فإذا فرض أن شخصاً ، بعد أن رهن منزله رهناً رسمياً ، سلمه إلى مستأجر بعقد إيجار غير ثابت التاريخ ، ثم باعه ، وأراد المشترى تسلم المنزل من المستأجر ، فإن للمستأجر أن يرجع بالتعويض على المؤجر وأن يحبس العين فى مواجهة المشترى (م ٦٠٥/٢ مدنى) ، ولكن حقه فى الحبس لا يسرى فى مواجهة الدائن المرتهن لأن حق الرهن قد ثبت قبل ثبوت الحق فى الحبس (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٧٧) .

الباب الثاني

العمل غير المشروع

(المسئولية التقصيرية) (*)

(L'acte illicite — La responsabilité délictuelle)

تمهيد

٣١٣ — مسائل ثلاث : هناك غير المسئولية التقصيرية المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية . وهذا يقتضينا الكلام في مسائل ثلاث : (١) التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية . (٢) وفي المسئولية المدنية التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . (٣) وفي المسئولية التقصيرية تطور هذه المسئولية .

§ ١ — التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية

٣١٤ — الفرق بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية : هناك

(*) مراجع : هنرى وليون مازو وفونك في المسئولية المدنية — ساڤاتييه في المسئولية — لالو (**Lalou**) في المسئولية المدنية — ديموج في الالتزامات (الأجزاء الثالث والرابع والخامس) — بيدان وكاپيتان في النظرية العامة في المسئولية المدنية (ضمن مبسوط بيدان في الالتزامات) — پلانيول وريپير وإسمان جزء سادس — جاردينا وريتشى (**Gerdenat et Ricci**) في المسئولية المدنية — سوردا (**Sourdat**) في النظرية العامة للمسئولية — شيرونى (**Chironi**) في المسئولية غير العقدية — هوبير (**Houber**) في شروط المسئولية التقصيرية في القانون الألماني رسالة من نانسى سنة ١٩٤٠ — ستارك في وضع نظرية جديدة في المسئولية المدنية رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ — ولياتيس في فكرة العمل غير المشروع منظوراً إليه كعنصر في الخطأ التقصيري رسالة من باريس سنة ١٩٥٢ .

فرقان جوهريان ما بين المسئولية الجنائية (responsabilité penale) والمسئولية المدنية (responsabilité civile) :

أولا : تقوم المسئولية الجنائية على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع ، أما المسئولية المدنية فتقوم على أن هناك ضرراً أصاب الفرد . وتترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) جزاء المسئولية الجنائية عقوبة تطالب بها النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع . أما جزاء المسئولية المدنية فتعويض يطالب به المضرور نفسه . (٢) لايجوز الصلح ولا التنازل فى المسئولية الجنائية لأن الحق فيها عام للمجتمع . ويجوز الصلح والتنازل فى المسئولية المدنية لأن الحق فيها خاص للفرد . (٣) لما كانت العقوبة فى المسئولية الجنائية تنطوى على معنى الإيلام ، كان من الواجب حصر الجرائم والعقوبات . فلا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا نص . أما المسئولية المدنية فتترتب على أى عمل غير مشروع ، دون حاجة لنصوص تبين الأعمال غير المشروعة عملا عملا .

ثانيا — النية فى الأصل ركن فى المسئولية الجنائية . بل يجب أن يكون للنية مظهر خارجى يصل إلى حد معين من الجسامة : فالتصميم والأعمال التحضيرية لا عقاب عليها . والشروع قد يعاقب . ويعاقب الفعل التام . فالنية فى المسئولية الجنائية إذا لم تكن وحدها كافية ، فإن وجودها ضرورى فى أكثر الجرائم . أما فى المسئولية المدنية فالنية لا تشترط ، وأكثر ما يكون الخطأ المدنى إهمال لا عمد . وسواء كان العمل غير المشروع عمداً أوغير عمد ، فإن الضرر الذى يحدثه يجب أن يعوض كاملا دون تفريق بين الحالتين .

٣١٥ — العمل الواحد قد تترتب عليه المسئوليتان معاً وقد يترتب عليه مسئولية دون الأخرى : وقد يترتب على العمل الواحد مسئولية جنائية ومسئولية مدنية فى وقت معاً ، كالقتل والسرقة والقذف والسب . ولكن يصح ألا يترتب على العمل إلا إحدى المسئوليتين دون الأخرى . فتتحقق المسئولية المدنية إذا لم يلحق العمل المعاقب عليه ضرراً بأحد ، كما فى بعض جرائم الشروع وجرائم أخرى كالتشرد ومخالفات المرور وحمل السلاح والاتفاق الجنائى . وتتحقق المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية إذا ألحق العمل ضرراً بالغير دون أن يدخل ضمن الأعمال المعاقب عليها فى القوانين الجنائية ،

كإتلاف مال الغير عن غير عمد وسوء العلاج والمنافسة غير المشروعة وفصل العامل فى وقت غير لائق وجميع المسئوليات التى تقوم على خطأ مفترض .

٣١٦ – الآثار التى تترتب على اجتماع المسئوليتين فى عمل واحد :
إذا ترتب على العمل الواحد المسئوليتان الجنائية والمدنية معاً . أثرت المسئولية الجنائية وهى أقوى لأنها حق المجتمع فى المسئولية المدنية وهى أضعف لأنها حق الفرد . ويظهر ذلك فيما يأتى :

١ – **التقادم** : تقضى المادة ١٧٢ مدنى بأن دعوى التعويض المدنية لاتسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فالدعوى الجنائية تبعث الحياة فى الدعوى المدنية . فتبقى هذه مادامت تلك باقية . ولا عكس . فبقاء الدعوى المدنية قائمة لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية . وسيأتى تفصيل ذلك .

٢ – **الاختصاص** : يمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية . ولا يمكن رفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة المدنية . لأن الدعوى المدنية هى التى تتبع الدعوى الجنائية .

٣ – **وقف الدعوى** : إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية . فرفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية يقف سير الدعوى المدنية . حتى يبت فى الدعوى الجنائية . ومن ثم نرى أن الدعوى الجنائية تقف الدعوى المدنية (Le criminel tient le civil en état) . ولا يجوز عندئذ الرجوع عن الطريق المدنى ورفع الدعوى المدنية من جديد أمام المحكمة الجنائية .

٤ – **قوة الأمر المقضى** : تتقيد المحكمة المدنية بما أثبتته المحكمة الجنائية فى حكمها من وقائع ، دون أن تتقيد بالتكييف القانونى لهذه الوقائع . فإذا أثبت الحكم الجنائى أن العمل المسند إلى المتهم لم يثبت وقوعه منه أو ثبت وقوعه ، تقيد القاضى المدنى بما أثبته الحكم الجنائى من ذلك . ولكن يجوز للقاضى المدنى أن يكيف الوقائع الثابتة تكييفاً مدنيا غير التكييف الجنائى . فقد يكون الإهمال الثابت صدوره من المتهم لايصل إلى درجة الإهمال الجنائى ويكفى لثبوت المسئولية المدنية . وقد يبرأ المتهم لقيام مانع من توقيع العقوبة الجنائية أو لصدور عفو شامل لمصلحته فلا يمنع ذلك من قيام المسئولية المدنية .

§ ٢ - التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية

٣١٧ - ازدواج المسئولية أو وحدتها : المسئولية المدنية نوعان : مسئولية عقدية (responsabilité contractuelle) ومسئولية تقصيرية (responsabilité délictuelle) . فالمسئولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدى كما سبق القول . أما المسئولية التقصيرية فتقوم على الإخلال بالالتزام القانونى العام الذى يقضى بعدم الإضرار بالغير(١) .

ومن الفقهاء من يذهب إلى وجوب التمييز ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية لوجود فروق هامة بينهما . وهؤلاء هم أنصار ازدواج المسئولية (dualité de responsabilité) . ومنهم من يرى ألا محل للتمييز بين المسئوليتين فإن إحداهما لاتختلف عن الأخرى فى طبيعتها . وهؤلاء هم أنصار وحدة المسئولية (unité de responsabilité) .

فأنصار ازدواج المسئولية وهم كثرة الفقهاء . يقيمون فروقاً هامة بين المسئوليتين نجملها فى الوجوه الآتية : (١) الأهلية : فى المسئولية العقدية تشترط أهلية الرشد فى أكثر العقود أما فى المسئولية التقصيرية فتكفى أهلية التمييز . (٢) الإثبات : فى المسئولية العقدية عبء الإثبات على المدين فيثبت أنه قام بالتزامه العقدى . أما فى المسئولية التقصيرية فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد خرق التزامه القانونى وارتكب عملا غير مشروع . (٣) الإعذار : فى المسئولية العقدية يشترط إعذار المدين إلا فى حالات استثنائية . أما فى المسئولية التقصيرية فلا إعذار . (٤) مدى تعويض الضرر : فى المسئولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول . أما فى المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع . (٥) التضامن : فى المسئولية العقدية لايثبت التضامن إلا

---

(١) ويجب التمييز بين هذه الالتزامات القانونية العامة ، كعدم الإضرار بالغير وعدم الإثراء على حساب الغير ، وبين الالتزامات المحددة التى تترتب فى ذمة شخص معين لمصلحة شخص معين آخر . فالالتزامات القانونية العامة ليست التزامات بالمعنى الدقيق ، بل هى واجبات فرضها القانون على الكافة دون أن يرتبها فى ذمة شخص معين ، فإذا أخل شخص بهذا الواجب وأضر بالغير ، ترتب فى ذمته التزام بالتعويض نحو شخص معين ، وهو الالتزام بالمعنى الدقيق لأنه التزام محدد .

باتفاق . أما فى المسئولية التقصيرية فالتضامن ثابت بحكم القانون . (٦) الإعفاء الاتفاقى من المسئولية : يجوز هذا الإعفاء بوجه عام فى المسئولية العقدية . ولا يجوز فى المسئولية التقصيرية . (٧) التقادم : تتقادم المسئولية العقدية بخمس عشرة سنة . أما المسئولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

وأنصار وحدة المسئولية — وأبرزهم پلانيول — يقولون لا فرق فى الطبيعة ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . كلتاهما جزاء لالتزام سابق . والمدين فى الحالتين تحققت مسئوليته لإخلاله بهذا الالتزام . أما ما استظهره أنصار ازدواج المسئولية من فروق ما بين المسئوليتين فهى فروق ظاهرية يسهل تفنيدها : (١) فليس صحيحاً أن يقال إن أهلية الرشد تشترط فى المسئولية العقدية . وتكفى أهلية التمييز فى المسئولية التقصيرية . والصحيح ألا أهلية فى كلتا المسئوليتين . إنما الأهلية فى العقد دون غيره فيشترط الرشد فى أكثر العقود . فإذا تم العقد صحيحاً وأخل به المدين فتحققت مسئوليته العقدية . لم تشترط فى المدين أية أهلية . ويكون مسئولا حتى لو زالت أهليته بعد أن كان أهلا وقت التعاقد . وفى المسئولية التقصيرية ليس صحيحاً أن يقال إن أهلية التمييز واجبة . والصحيح أن المسئول يشترط لتحقق مسئوليته أن يرتكب خطأ والخطأ يقتضى أن يكون مميزاً ، فالتمييز شرط لتحقق الخطأ وليس أهلية فى المسئول . (٢) ولافرق بين المسئوليتين فيمن يحمل عبء إثبات الإخلال بالالتزام السابق . فنى المسئوليتين يحمل الدائن عبء الإثبات أو يحمله المدين . لا تبعاً لما إذا كانت المسئولية تقصيرية أوعقدية . بل تبعا لما إذا كان الالتزام السابق هو التزام بعمل أو التزام بامتناع عن عمل . فالمدين هو الذى يثبت أنه قام بالعمل الذى التزم بالقيام به . والدائن هو الذى يثبت أن المدين قد أتى العمل الذى التزم بالامتناع عنه . ولكن لما كان الالتزام السابق فى المسئولية التقصيرية هو دائماً التزام بالامتناع عن عمل وهو عدم الإضرار بالغير . فالدائن إذن هو الذى يثبت فى المسئولية التقصيرية أن المدين قد أخل بالتزامه وأحدث الضرر بخطأه . ولكن ليس ذلك لأن المسئولية تقصيرية . بل لأن الالتزام الذى أخل به المدين هو التزام بالامتناع عن عمل . فالعبرة إذن فيمن يحمل عبء الإثبات . لابنوع المسئولية هل هى عقدية أو

تقصيرية . بل بالالتزام السابق هل هو إيجابى أو سلبى ؟ (٣) وليس صحيحاً أن الإعذار يشترط فى المسئولية العقدية دون المسئولية التقصيرية ، فالإعذار لايشترط فى الالتزامات السلبية إذا أخل بها المدين . لذلك لا يشترط الإعذار فى المسئولية التقصيرية لأن الالتزام هو دائما التزام سلبى ، وهوأيضاً لا يشترط فى المسئولية العقدية إذا كان الالتزام العقدى التزاما سلبيا . فالعبرة هنا أيضاً بما إذا كان الالتزام إيجابيا أوسلبيا . لا بما إذا كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية . (٤) والسبب فى أن التعويض فى المسئولية العقدية لايتناول الضرر غير المتوقع أن هذا الضرر لم يدخل فى حساب المتعاقدين ، لأنهما لم يكونا يتوقعانه . (٥) والسبب فى أن التضامن يثبت فى المسئولية التقصيرية أن الخطأ هو السبب فى الضرر ، فإذا ارتكب الخطأ اثنان كان خطأ كل منهما هو السبب فى الضرر فوجب عليه التعويض كاملا ، ومن ثم قام التضامن . (٦) والسبب فى أن الإعفاء الاتفاقى من المسئولية لا يجوز فى المسئولية التقصيرية أن القانون هو الذى قرر أحكام هذه المسئولية ، فهى من النظام العام . (٧) وإذا كانت المسئولية التقصيرية تتقادم بثلاث سنوات ، فهذا أمر لا يرجع إلى طبيعة المسئولية . بل إن المشرع قرر هذا الحكمة ارتآها هو وقد لا يرتئيها مشرع آخر ، وكان التقنين السابق يجعل مدة التقادم فى المسئولية التقصيرية خمس عشرة سنة كما فى المسئولية العقدية .

٣١٨ – الصحيح هو ازدواج المسئولية ووجوب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية : لا شك فى أن كلتا المسئوليتين جزاء للإخلال بالتزام سابق[1] . ولافرق بينهما من هذه الناحية لا من حيث الأهلية ولا من حيث الإثبات ولا من حيث الإعذار . وقد استطاع أنصار وحدة المسئولية أن يثبتوا ذلك . فالأهلية لا تكون إلا فى العقد ولامحل لها فى المسئولية العقدية ولا فى المسئولية التقصيرية ، وعبء الإثبات وضرورة الإعذار العبرة فيهما لا بأن المسئولية عقدية أو تقصيرية بل بأن الالتزام السابق إيجابى أو سلبى .

(١) مع ملاحظة أن الالتزام السابق فى المسئولية التقصيرية هو التزام قانونى عام فرضه القانون على الكافة ، وليس هو التزاما محدداً فى ذمة شخص معين كالالتزام السابق فى المسئولية العقدية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٣١٧ فى الهامش) .

ولكن إلى هنا تتفق المسئوليتان . وهما تختلفان بعد ذلك . فى المسئولية العقدية الدائن و المدين هما اللذان بإرادتهما أنشأ ا الالتزام السابق وحددا مداه، فرسما مدى التعويض عن الضرر فلم يدخل فى حسابهما الضرر غير المتوقع . ولاتضامن إلا إذا اتجهت إرادتهما إلى وجوده . وكما أنشأ ا المسئولية بإرادتهما جاز لهما الاتفاق على الإعفاء منها . ولايتقادم الالتزام وهما اللذان ارتضياه إلا بمدة طويلة هى خمس عشرة سنة . ولا كذلك المسئولية التقصيرية . فإن الالتزام السابق فيها هو التزام قانونى . أى التزام أنشأه القانون وحدد مداه ولم تدخل إرادة المتعاقدين فى شىء من ذلك . ومن ثم وجب التعويض عن كل التضرر المباشر ، سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه . لأن هذا هو الأصل فى العويض . وإذا اشترك أكثر من واحد فى إحداث الضرر كان كل منهم متسببا فيه ووجب عليه التعويض كاملا . ومن هنا قام التضامن . ولايجوز للطرفين أن يتراضيا على الإعفاء من المسئولية التقصيرية . فإن الالتزام الذى أخل به المدين هو التزام فرضه القانون ولادخل فيه لإرادة الطرفين . فالقانون هو الذى يعفى منه فى الحالات التى ينص عليها . وقد رأى المشرع بحق فى المسئولية التقصيرية . والالتزام فيها مفروض على المدين دون أن يرتضيه ، أن يكون التقادم بمدة أقصر من مدة التقادم فى المسئولية العقدية وفيها ارتضى المدين الالتزام عن طواعية لم يفرضه عليه القانون .

توجد إذن فروق جوهرية بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ترجع إلى طبيعة كل من المسئوليتين . فالمسئولية العقدية جزاء للإخلال بالتزام عقدى . والطبيعة العقدية لهذا الالتزام هى التى أملت الحلول العملية التى تتفق معها . والمسئولية التقصيرية جزاء للإخلال بالتزام قانونى عام . وطبيعة هذا الالتزام هى التى أملت الحلول العملية التى تلائمها والتى تخالف الحلول العملية الأولى . فلابد من التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، لأن التمييز بينهما تتطلبه طبيعة كل منهما(١) .

---

(١) فيتعين إذن تحديد نطاق كل من المسئوليتين حتى تترتب على كل مسئولية مايتعلق بها من الأحكام . أما نطاق المسئولية التقصيرية فحدوده واضحة ، فإن هذه المسئولية تتحقق حيث يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرر ، فالدائن المضرور هنا أجنبى عن المدين لا يرتبط بعقد معه . وأما المسئولية العقدية فيحدد نطاقها شرطان : =

٣١٩ – عدم جواز الجمع ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية :
بعد أن بينا وجوب التميز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، بقى أن نعرف هل إذا توافر فى العمل الواحد شروط المسئوليتين فى وقت معاً ، أيجوز للدائن الذى أصابه الضرر بسبب هذا العمل أن يجمع بين المسئوليتين

= أولا – أن يقوم عقد صحيح بين الدائن والمدين . فإذا لم يوجد عقد ، كأن يدعو صديق صديقه للركوب فى عربته مجاملة ، فالمسئولية لا تكون إلا تقصيرية ، ووجب أن يثبت المضرور أن هناك خطأ ارتكبه المسئول كأن يرتكب صاحب العربة خطأ فى قيادتها . وإذا وجد عقد ، فالمدة السابقة عليه ، كما فى الخطأ عند تكوين العقد وكما فى قطع المفاوضات فى وقت غير لائق ، تكون المسئولية فيها تقصيرية . كذلك المدة التالية لانقضاء العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما إذا دخل مهندس فى خدمة مصنع واطلع على أسراره ولما انقضى عقد خدمته دخل فى خدمة مصنع منافس وأفضى بالأسرار التى اطلع عليها فى المصنع الأول . ويجب أن يكون العقد صحيحاً ، فإذا كان باطلا أو قابلا للإبطال وأبطل فالمسئولية العقدية لا تتحقق ، كما إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته ويتعاقد ثم يطلب إبطال العقد ، فإنه يكون مسئولا مسئولية تقصيرية عن الطرق الاحتيالية لا مسئولية عقدية (م١١٩ مدنى) . والمسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين الدائن والمدين اللذين يربطهما العقد ، فإذا دفع أجنبى أحد المتعاقدين على أن يخل بتعاقده ، كصاحب مصنع يحرض مستخدماً فى مصنع آخر على الخروج من هذا المصنع قبل انتهاء عقد الاستخدام للدخول فى خدمة المصنع الأول ، تحققت المسئولية العقدية فيما بين المصنع الثانى والمستخدم لارتباطهما بالعقد ، ولكن لا تتحقق إلا مسئولية تقصيرية فيما بين صاحب المصنع الثانى وصاحب المصنع الأول لأن هذا لم يرتبط بعقد الاستخدام .

ثانيا – أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ العقد . فإذا وقع الضرر من عمل لا يعتبر عدم تنفيذ للعقد ، فإن المسئولية العقدية لا تتحقق بل تتحقق المسئولية التقصيرية . فالواهب لا يضمن خلو الشيء الموهوب من العيب إلا إذا قبل هذا الضمان أو تعمد إخفاء العيب ، فإن كان الشيء الموهوب معيبا ولم يضمن الواهب العيب ولم يتعمد إخفاءه ، وتسبب عن العيب ضرر للموهوب له ، فإن مسئولية الواهب تكون هنا مسئولية تقصيرية ، ويكون على الموهوب له أن يثبت خطأ فى جانب الواهب . أما إذا رفع الضرر بسبب عدم تنفيذ العقد ، فإن المسئولية العقدية تتحقق ، كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشترى بالرغم من إعذاره وهلك المبيع فى يد البائع . ومن ثم وجب تحديد الالتزامات التى تنشأ من العقد حتى يعد عدم تنفيذها سبباً لتحقق المسئولية العقدية ، ويرجع فى التحديد إلى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . ويلاحظ فى هذا الصدد أن كلا من عقد النقل وعقد العمل يتضمن التزاما عقدياً فى جانب أمين النقل أو رب العمل بكفالة سلامة الأشخاص المتعهد بنقلها أو العمال المرتبطين بعقد العمل (انظر فى عقد النقل نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٩ ص ٤٠٢ – ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٤٢ – ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٨ ص ٧٦٧) .

فى الرجوع على المدين ؟ لاشك فى أن الدائن لايجوز له الجمع بين المسئوليتين ، إذ الجمع بأى معنى فهم هذا اللفظ غير مستساغ :

قد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويضين ، تعويض عن المسئولية العقدية وآخر عن المسئولية التقصيرية . وهذا غير مستساغ لأن الضرر الواحد لا يجوز تعويضه مرتين .

وقد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن ، وإن كان يطالب بتعويض واحد ، إلا أنه يجمع فى دعوى التعويض بين ما يختاره من خصائص المسئولية التقصيرية كالتمسك بالتضامن ، ومن خصائص المسئولية العقدية كاعتبار التقادم لايتم إلا بخمس عشرة سنة . وهذا أيضاً غير مستساغ . لأن الدعوى التى يخلط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويين لا تكون دعوى عقدية ولادعوى تقصيرية ، بل هى دعوى غير هاتين لايعرفها القانون .

وقد يفهم الجمع بمعنى ثالث ، هو أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويين فخسرها يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى . ولكن الفقه — بخلاف القضاء الفرنسى — مجمع على أن قوة الأمر المقضى تحول دون ذلك[1] .

٣٢٠ — عدم جواز الخيرة ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية :
وإذا كان الشك لايقوم فى عدم جواز الجمع بين المسئوليتين ، فهناك شك يقوم فيما إذا أبدل بلفظ الجمع (cumul) لفظ الخيرة (option) فقيل هل تجوز الخيرة بين المسئوليتين ؟ أى هل يجوز للدائن أن يختار الدعوى التى يراها أصلح ، فإذا ما اختارها تقيد بها فلا يلجأ إلى الدعوى الأخرى حتى لو خسر الدعوى التى اختارها[2] ؟

انقسم الرأى فى هذه المسألة . ففريق يقول إن للدائن أن يختار بين الدعويين . وفريق آخر يقول إن دعوى المسئولية العقدية تجبّ دعوى المسئولية

---

(١) وسنرى أن هذا هو أيضاً قضاء محكمة النقض فى مصر فى دائرتها المدنية (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) . أما الدائرة الجنائية فتذهب إلى عكس ذلك (نقض جنائى ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

(٢) وهذا هو الذى تقصد إليه جمهرة الفقهاء عندما يتساءلون فى غير دقة هل يجوز الجمع (**cumul**) ما بين الدعويين ، وهم يريدون التساؤل هل تجوز الخيرة (**option**) ما بين الدعويين .

التقصيرية فيتعين على الدائن رفع دعوى المسئولية العقدية دون دعوى المسئولية التقصيرية(١) . أما الذين يجعلون للدائن الخيرة فيقولون إن شروط كل من الدعويين قد توافرت ، فلا شيء يمنع الدائن من رفع أيتهما . وأما الذين يقصرون الدائن على رفع دعوى المسئولية العقدية فيقولون إن الدائن لا يعرف المدين إلا عن طريق العقد . فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد وجب أن يحكمها العقد وحده . فإذا أخل المدين بالتزامه العقدى لم يكن أمام الدائن إلا دعوى المسئولية العقدية وليس له الرجوع بدعوى المسئولية التقصيرية .

ومهما يكن من انقسام الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر في هذه المسألة الهامة(٢) . فنحن نأخذ بالرأى الذى يقول ألا خيرة للدائن وليس له إلا دعوى

---

(١) ولا شك في أن الأخذ برأى دون آخر من هذين الرأيين تترتب عليه نتائج عملية هامة تتمشى مع وجوه التمييز ما بين المسئوليتين . ومن وجوه التمييز الإعفاء الاتفاق من المسئولية . فإذا تعاقد عميل مع أمين النقل وكان في عقد النقل اتفاق على الإعفاء من المسئولية أو على التخفيف منها ، ثم أصيب العميل إصابة تدخل في حدود هذا الاتفاق ، وكان له أن يختار بين المسئوليتين ، لاختار المسئولية التقصيرية إذ لا يجوز فيها الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف . ولو قصر على المسئولية العقدية لاندفعت هذه المسئولية أو خففت بفضل الاتفاق الذى تم على ذلك . كذلك في دعوى المسئولية العقدية لا يكون التضامن إلا باتفاق ، أما في دعوى المسئولية التقصيرية فإن التضامن يقوم بحكم القانون . فإذا كان للدائن أن يختار ، ولم يكن هناك اتفاق على التضامن ، فقد يختار المسئولية التقصيرية ابتغاء أن يجرى التضامن بين المدينين . أما إذا قصر على المسئولية العقدية فلا تضامن . وفي دعوى المسئولية العقدية لا يعوض الدائن إلا عن الضرر غير المتوقع . أما في دعوى المسئولية التقصيرية فيعوض عن أى ضرر مباشر ولو كان غير متوقع . فهنا أيضاً تكون الخيرة نافعة للدائن . إذ يستطيع أن ينتقل من المسئولية العقدية إلى المسئولية التقصيرية فينال تعويضاً كاملا عن الضرر المباشر . ودعوى المسئولية العقدية تتقادم عادة بخمس عشرة سنة . أما دعوى المسئولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات . وهنا لا تنفع الخيرة الدائن ، فدعوى المسئولية العقدية إذا قصر عليها أفضل له من دعوى المسئولية التقصيرية .

(٢) انظر في انقسام الفقه والقضاء في فرنسا مازو ١ فقرة ١٨٨ – فقرة ٢٠٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٣٣ – فقرة ٩٣٨ – أما في مصر فيبدو أن الكثرة من أحكام القضاء الوطني والمختلط تنزع إلى جواز الخيرة ما بين المسئوليتين : نقض مدنى أول يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ ص ٥١٢ – ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٠ ص ٥٥٣ (أخذت المحكمة بالمسئولية العقدية دون أن تنص على استبعاد المسئولية التقصيرية) – استئناف إسكندرية ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١ – استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧١ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ – ١٥ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٠ – ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٥ – ٨ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٤ – =

المسئولية العقدية . ذلك أن الالتزام العقدى الذى صار المدين مسئولا عن عدم تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاما فى ذمته . فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يقم به ، لم يكن مسئولا عن ذلك . لا مسئوليه عقدية لأن العقد لما يبرم . ولامسئولية تقصيرية إذ لا خطأ فى عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فإذا ما أبرم العقد ، قام الالتزام فى الحدود التى رسمها هذا العقد ، وهى حدود لا تترتب عليها إلا المسئولية العقدية[1] . وليس للدائن أن يلجأ إلى المسئولية التقصيرية ، إذ هى تفترض أن المدين قد أخل بالتزام فرضه القانون والالتزام فى حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد[2] .

= ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — ٨ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٧ ص ٤٣٤ — ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦ — انظر عكس ذلك : استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢٩ — استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٦ .

وأما الفقه فى مصر فمنقسم ، فمن الفقهاء من يقول بجواز الخيرة (مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٨ — حسين عامر فى القوة الملزمة للعقد فقرة ٢٦٠ — فقرة ٢٦٥ وفقرة ٣٣١ — فقرة ٣٤٣ ومع ذلك يقول بعدم الخيرة إلا فى استثناءات فى مؤلف تال فى المسئولية المدنية فقرة ١٦١ — فقرة ١٦٥ — وقد كنا نقول بجواز الخيرة : الموجز فقرة ٣٠١) . ومنهم من يقول بقصر الدائن على المسئولية العقدية (سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ٢٤ — ص ٢٥ — عبد الحى حجازى ٢ ص ٤٢٨ — ص ٤٣١ — أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٩٢ — ص ٣٩٣ — محمد كامل مرسى فى الالتزامات ٢ فقرة ١٦ — وقارن أنور سلطان ص ٤٠١) .

(١) وقد يبدو أن القول بعدم جواز الخيرة يضيع على الدائن فى بعض الحالات حقه العادل فى التعويض . فشرط الإعفاء من المسئولية الذى تتضمنه عادة عقود النقل كاف لدفع المسئولية العقدية ، وقيام هذه المسئولية كاف بدوره لمنع المسئولية التقصيرية . فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسئولية العقدية لوجود شرط الإعفاء ، ولا بالمسئولية التقصيرية لوجود عقد النقل . ولكن هذه النتيجة هى التى أرادها المتعاقدان ، ويخفف منها أن عقد النقل يغلب أن يكون عقد إذعان حيث يعتبر شرط الإعفاء شرطاً تعسفياً يجوز للقاضى إلغاؤه أو تعديله .

(٢) ومن الفقهاء من يستثنى حالة ما يكون الإخلال بالالتزام التعاقدى جريمة جنائية أو راجعاً إلى غش المدين ، فيكون للدائن فى هذه الحالة أن يختار بين المسئوليتين . ويدللون على ذلك بأن المدين إذا ارتكب جريمة جنائية أو جريمة مدنية (الغش) ، فإنه يكون قد خرق بذلك نطاق العلاقة العقدية ، وعاد إلى حظيرة العلاقات التى ينظمها القانون دون إرادة الأفراد . فيكون جزاء عدم وفائه بالتزامه التعاقدى تحقق مسئوليته العقدية . وجزاء ما ارتكبه من غش فى الإخلال بهذا الالتزام تحقق مسئوليته التقصيرية ، ومن ثم يكون للدائن الخيار بين المسئوليتين (سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ٢٤ — ص ٢٥ — وانظر قريباً من هذا الرأى الوسيط للمؤلف جزء أول فقرة ٥١٥) . ويذهب فقهاء آخرون — ويبدو أنهم على صواب فيما يذهبون إليه — إلى أنه ، =

§ ٣ – تطور المسئولية التقصيرية

٣٢١ – تاريخ هذا التطور هو توسع مطرد فى المسئولية التقصيرية : ونقف الآن عند المسئولية التقصيرية . بعد أن ميزناها عن غيرها من أنواع المسئولية . ونستعرض فى إيجاز تطورها . ويمكن القول بوجه عام إن تاريخ تطور المسئولية التقصيرية هو تاريخ توسع مطرد فى هذه المسئولية .

فمن حالات معينة محدودة لاتتحقق المسئولية إلا فيها ، إلى توسع تدرجى فى هذه الحالات ، إلى شمول وصل بالمسئولية التقصيرية إلى أن تكون قاعدة عامة . وهذا ما وصل إليه التطور فى القانون الفرنسى القديم . وانتقل منه إلى التقنين المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ .

ومنذ التقنين المدنى الفرنسى أخذت القاعدة العامة ذاتها تتطور . فهى قد قامت بادئ الأمر على فكرة جوهرية هى فكرة الخطأ (faute) . ثم أخذت هذه الفكرة تتقاص . فبعد أن كان الخطأ لابد من إثباته ، قامت حالات صار الخطأ فيها مفترضا (faute présumée) . وها نحن نشهد فى الوقت الحاضر فكرة تحمل التبعة (risque) تقوم إلى جانب فكرة الخطأ ثابتا كان أو مفترضا .

فنستعرض هذا التطور منذ القانون الرومانى إلى عصرنا الحاضر استعراضا سريعا .

٣٢٢ – القانون الرومانى : لم تكن هناك فى القانون الرومانى قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض . بل كانت هناك أعمال معينة تحددها النصوص القانونية هى وحدها التى ترتب المسئولية . ولم

= حتى فى حالة الجريمة الجنائية أو الغش . مادمنا بصدد إخلال بالتزام تعاقدى لا يجوز الالتجاء إلى المسئولية التقصيرية . إذ المسئولية العقدية فى هذه الحالة تكفى ، فهى تعوض حتى عن الخطأ غير المتوقع ويكون شرط الإعفاء منها باطلا ، وهاتان هما الميزتان الجوهريتان اللتان للمسئولية التقصيرية ، ثبتتا هنا للمسئولية العقدية أيضاً . فلا جدوى من الانتقال إلى المسئولية التقصيرية . وإذا بقيت فروق أخرى بين المسئوليتين كالتضامن ، فهذه لا تبرر إقحام المسئولية التقصيرية فى منطقة المسئولية العقدية (انظر فى هذا المعنى عبد الحى حجازى ٢ ص ٤٣٠ – ص٤٣١ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٩٢ – ص ٣٩٣ – محمد كامل مرسى فى الالتزامات ٢ فقرة ١٦ – عبد المنعم فرج الصدة ص ٤٤٥) .

يكن الجزاء على هذه الأعمال المعينة يتمحض تعويضاً مدنيا . بل إن فكرة العقوبة الجنائية بقيت قائمة مع فكرة التعويض المدنى كأثر من آثار الماضى . ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسئولية إلا بالتدريج . فلم يكن الخطأ فى بادئ الأمر مشترطا ، بل كان الضرر هو الشرط البارز . ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئاً فشيئاً . وقد ظهرت بوضوح فى الأعمال التدليسية حتى استغرقت فكرة الضرر .

٣٢٣ — القانون الفرنسى القديم : ويرجع إلى القانون الفرنسى القديم الفضل فى تمييز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية . ثم فى تمييز المسئولية التقصيرية عن المسئولية العقدية . وانتهى التطور إلى وضع قاعدة عامة فى المسئولية التقصيرية تقرر أن كل خطأ نشأ عنه ضرر يوجب التعويض . وتمحض جزاء المسئولية تعويضاً مدنيا لا تتخلله فكرة العقوبة . على الأقل فيما يتعلق بالضرر الذى يقع على المال . وظهرت فكرة الخطأ ظهوراً واضحاً كأساس للمسئولية التقصيرية بديلا عن فكرة الضرر . بل إن الخطأ التقصيرى ميز تمييزاً واضحاً عن الخطأ العقدى كما سبق القول .

٣٢٤ — التقنين المدنى الفرنسى : وقد أخذ التقنين المدنى الفرنسى عن القانون الفرنسى القديم كل هذا التطور . فصارت المسئولية التقصيرية فى هذا التقنين قاعدة عامة ، وتميزت عن المسئولية الجنائية . وقامت على أساس الخطأ .

وقد نصت المادة ١٣٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى على أن « كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه » . ثم انتقل التقنين من المسئولية الشخصية إلى المسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء وهذه أيضاً أقامها على فكرة الخطأ . فنصت المواد ١٣٨٤ — ١٣٨٦ مدنى فرنسى على المسئولية عن الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة . ومسئولية المتبوع عن التابع ، والمسئولية عن الحيوان ، والمسئولية عن البناء . وفى كل هذه النصوص لم يرد واضعو التقنين المدنى الفرنسى أكثر من تطبيق مبدأ الخطأ على حالات معينة ، هى الحالات التى يسأل فيها الشخص لا عن عمل صدر منه شخصيا بل عن عمل أتى به آخر فى رقابته أو حدث من شيء تحت يده .

ولكن مسئوليته فى كل هذه الحالات تقوم على خطأ منسوب إليه شخصيا ، فقد قصر فى رقابة الغير أو أهمل فى حراسة الشيء .

٣٢٥ — تطور المسئولية التقصيرية منذ التقنين المدنى الفرنسى — نظرية تحمل التبعة (risque) : وقد تطورت المسئولية التقصيرية منذ صدور التقنين المدنى الفرنسى تطوراً عميقاً . ودار تطورها حول فكرة الخطأ . فأخذت هذه الفكرة تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفى فى بعض الحالات . تارة تحت ستار الخطأ المفترض افتراضا قابلا لإثبات العكس ، وطوراً تحت ستار الخطأ المفترض افتراضا لايقبل إثبات العكس . بل حتى اختفت تماما وأخلت مكانها لنظرية تحمل التبعة . وهى نظرية تعيد المسئولية إلى ماكانت عليه فى القديم تقوم على فكرة الضرر لا على فكرة الخطأ . وكان الفقه هو الرائد لهذا التطور . أمسك زمامه فى يده ، وسبق فى ذلك القضاء . وسار القضاء وراء الفقه بخطوات مترددة ولم يشأ أن يسير الشوط إلى نهايته ، فوقف عند الخطأ المفترض .

أما الذى حفز الفقه إلى السير بهذه الخطوات الواسعة فهو التطور الاقتصادى السريع منذ القرن التاسع عشر ، فقد تقدمت الصناعة تقدما عظيما باستحداث الآلات الميكانيكية وشتى وسائل النقل . ونجم عن ذلك أن أصبح الخطر الكامن فى استعمال هذه المخترعات أقرب احتمالا وأكثر تحققاً مما كان عليه الأمر فى الماضى . فعاد ركن الضرر فى المسئولية التقصيرية إلى البروز حتى كاد يغطى على ركن الخطأ . وبدأ تطور المسئولية يرجع إلى نقطة الابتداء حيث كان المعيار ماديا لاشخصيا . وحاول الفقه الفرنسى فى البداية أن يعالج الأمر عن طريق الاحتيال على بعض نصوص التقنين المدنى الفرنسى ، فشبه الآلات بالبناء إذا أثبت العامل عيباً فيها . وجعل رب العمل مسئولا مسئولية عقدية عن سلامة العامل . ولكن هذه المحاولات لم تنتج . فواجه الفقه الصعوبة من طريق مباشر . ونادى بأن تقوم المسئولية لا على فكرة الخطأ بل على فكرة الضرر وتحمل تبعته . فمن خلق تبعات يفيد من مغانمها وجب عليه أن يحمل عبء مغارمها . وصاغ الفقهاء نظرية كاملة أسموها «نظرية تحمل التبعات المستحدثة» (théorie des risques créés) . أو النظرية الموضوعية (théorie objective)

يقابلون بها النظرية الشخصية (théorie subjective) التي تقوم على فكرة الخطأ . وقالوا إن النظرية الشخصية لم تعد تتفق مع المنطق منذ انفصلت المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية وأصبح التعويض المدنى لادخل للعقوبة فيه . فلم يعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ أساسا للمسئولية المدنية . ولم تعد تتفق مع التطور الاقتصادى منذ أصبحت المخترعات الحديثة مورد رزق كبير ومصدر خطر جسيم . فمادام الشخص ينتفع بالشىء فمن العدل أن يحمل تبعته . والغرم بالغنم . وإذا كانت المسئولية الشخصية تصلح فى نظام اقتصادى يقوم على الزراعة ، ففى نظام اقتصادى قوامه الصناعة لا تصلح إلا المسئولية الموضوعية . وقد أصبحت العلاقات المدنية علاقات مالية أكثر منها علاقات شخصية . وليس يرهق صاحب المصنع أن يحمل عن عماله عبء ما يصيبهم من ضرر فإن هذا يدخل فى مخاطر صنعته . وهو أقدر من العامل على مواجهة هذه المخاطر ، وبحسبه أن يلجأ إلى التأمين لمصلحة عماله . ومن هنا يمكن تحديد نطاق للنظرية الموضوعية : عمل كثير الأخطار . كبير المنفعة . يسهل التأمين فى شأنه . هذه هى العناصر الثلاث التى إذا اجتمعت جعلت تطبيق النظرية الموضوعية أمراً ميسوراً .

والفرق الجوهرى ما بين المسئولية الشخصية والمسئولية الموضوعية هو أن الأولى تقوم على الخطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفترضا . ولو كان هذا الافتراض غير قابل لإثبات العكس . فأساس المسئولية الخطأ لا الضرر ، والمسئول هو الحارس للشىء لا المنتفع به . أما المسئولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ . والمسئول هو المنتفع لا الحارس . ويترتب على ذلك أن المدين فى المسئولية الشخصية . إذا كانت المسئولية قائمة على خطأ واجب الإثبات . يستطيع أن يدفعها عن نفسه إذا عجز الدائن عن إثبات خطأ فى جانبه . فإذا كانت المسئولية قائمة على خطأ مفترض افتراضا يقبل إثبات العكس ، استطاع أن يدفعها بإثبات أنه لم يخطئ . فإن كان افتراض الخطأ لا يقبل إثبات العكس . استطاع المدين أن يدفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبى . فالمدين يستطيع دائماً أن يدفع المسئولية الشخصية عن نفسه . إما بنفى الخطأ فى ذاته . وإما بنفيه كسبب للضرر الذى وقع . أما المسئول فى المسئولية

الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسئولية حتى لو نفى الخطأ . وحتى لو أثبت السبب الأجنبي ، فمادام الضرر قد وقع من جراء نشاطه ولو بغير خطأ منه ، فهو المسئول عنه .

هذا هو ما انتهى إليه فقه النظرية الموضوعية فى أوج انتشارها . ولكن ما لبث الفقه أن تحول عنها شيئاً فشيئاً . ووجد غناء فى نظرية الخطأ المفترض . وكان السبب فى وقوف الفقه عن المضى فى النظرية الموضوعية موقف كل من التشريع والقضاء فى فرنسا .

أما التشريع الفرنسى فقد حدد نطاقا ضيقاً للنظرية الموضوعية . وبقى بعيداً عن أن يأخذ بها كقاعدة عامة . فقد اقتصر على الأخذ بها فى بعض نواحى النشاط وما يتولد عنها من تبعات . أخذ بها فى تبعات الحرفة (risque professionnel) وذلك فى تشريع العمال الذى صدر فى سنة ١٨٩٨ . ثم تناول بتشريعات متعاقبة ، بعد الصناعة ، التجارة والزراعة والخدمة المنزلية . وأدمجت كل هذه التشريعات فى تشريع موحد صدر فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ . ثم فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ . والتشريع يرتب المسئولية على مخاطر العمل . فإذا أصيب العامل بضرر فى أثناء عمله أو بمناسبة هذا العمل حكم له بتعويض جزافى (forfaitaire) لا يصل إلى التعويض الكامل . ولا تنتفى المسئولية عن رب العمل حتى لو أثبت الحادث الفجائى أو خطأ المضرور أو عمل الغير ، وإنما تنتفى بإثبات القوة القاهرة . وأخذ المشرع الفرنسى بالمسئولية الموضوعية أيضاً فى تبعات الطيران (risque de navigation aérienne) . فقد صدر تشريع فى سنة ١٩٢٤ يجعل المنتفع بالطيارة مسئولا عن كل ما تحدثه طيارته من أضرار ، ولا تنتفى المسئولية حتى لو أثبت المسئول القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أو عمل الغير ، وإنما تنتفى بإثبات خطأ المضرور . وأخذ المشرع الفرنسى بالمسئولية الموضوعية أخيراً فى تبعات التضامن الاجتماعى (risque social). من ذلك أن تشريعا صدر فى سنة ١٨٩٥ يجعل الدولة مسئولة عن تعويض المحكوم عليه فى جنحة أو جناية فى الأحوال التى يجوز له فيها طلب مراجعة القضية (demande en révision) ويثبت عند المراجعة أنه برىء (م ٤٤٦ إجراءات جنائية فرنسى) . وهذه مسئولية موضوعية عن تبعات الأخطاء القضائية (erreurs judiciaires) . ومن ذلك أيضاً أن تشريعا صدر فى سنة ١٩١٩ وآخر

فى سنة ١٩٢١ يوجبان تعويض ضحايا الحرب وضحايا مصانع الذخيرة فى أحوال معينة . وهذه مسئولية موضوعية عن تبعات الدفاع الوطنى (défense nationale). ولايزال أنصار المسئولية الموضوعية ينظرون إلى هذه التشريعات المختلفة فى كثير من التفاؤل . فهذه تبعات الحرفة ، وتبعات الطيران ، وتبعات التضامن الاجتماعى ، قد رتب المشرع المسئولية عليها جميعا . فليس بعيداً أن يرتب المسئولية بعد ذلك على تبعات الملكية (risque de propriété) ، ثم على تبعات النشاط بوجه عام (risque d'activité) ، حتى يستكمل بذلك جميع الصور فى تبعات الخطر المستحدث(risque créé). ولكننا لانزال بعيدين كثيراً فى ميدان التشريع عن استغراق كل هذه الصور ، بل إن أهم صورة فيها وهى صورة تبعات الحرفة ليست تسجيلا كاملا للمسئولية الموضوعية مادام المضرور لا ينال تعويضاً كاملا عن كل ما لحقه من الضرر . ثم إن المشرع الفرنسى قد أصدر من جهة أخرى تشريعات هى نفى صريح للمسئولية الموضوعية ، بل ورجوع عن الخطأ المفترض إلى الخطأ الواجب الإثبات[1] .

وأما القضاء الفرنسى فلم يسلم بالمسئولية الموضوعية فى غير ما نص عليه القانون ، بل هو يشترط دائماً أن تقوم المسئولية على الخطأ . ولكنه سار شوطا بعيداً فى جعل هذا الخطأ مفترضا فى أحوال كثيرة ، وسنرى ذلك تفصيلا عند الكلام فى المسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء[2] . وقد وصل القضاء الفرنسى مع ذلك إلى كثير من النتائج العملية التى تقول بها أنصار المسئولية الموضوعية ، وذلك عن طريق الخطأ المفترض .

---

(١) من ذلك قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ ويتعلق بمسئولية المعلمين عن تلاميذهم ، وقد ألغى به قانون ٢٠ يوليه سنة ١٨٩٩ ، واستبقى مسئولية الدولة قائمة مكان مسئولية المعلمين ، ولكنه تطلب لتحقق هذه المسئولية إثبات خطأ فى جانب المعلم بعد أن كان هذا الخطأ مفترضاً . ومن ذلك أيضاً قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ يستثنى فيه من المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى – بعد أن سلم أن هذه المادة تقيم المسئولية عن الأشياء على خطأ مفترض – حالة الحريق ، فجعل المسئولية فيها تقوم على خطأ واجب الإثبات .

(٢) واستعان القضاء الفرنسى ، الى جانب الخطأ المفترض فى المسئولية التقصيرية ، بالمسئولية العقدية فى بعض الحالات ، وذلك عن طريق استخلاص التزام بضمان السلامة (obligation de sécurité) فى بعض العقود ، وبخاصة فى عقد النقل .

٣٢٦ – المسئولية التقصيرية فى التقنين المدنى المصرى السابق : وقد أخذ التقنين المدنى المصرى السابق قواعد المسئولية التقصيرية عن التقنين المدنى الفرنسى فى وقت كان القضاء الفرنسى فيه قد بدأ يأخذ بالخطأ المفترض. فوضع القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية . وأقامها على خطأ واجب الإثبات[(١)] . ثم عرض لحالات الخطأ المفترض على غرار التقنين المدنى الفرنسى . فأقام مسئولية المكلف بالرقابة عمن هم تحت رعايته على خطأ مفترض[(٢)] . ثم انتقل إلى مسئولية المتبوع عن التابع[(٣)]، فالمسئولية عن الحيوان[(٤)] . فبنى المسئولية فى هاتين الحالتين أيضاً على خطأ مفترض[(٥)] .

أما نظرية تحمل التبعة فلم يأخذ بها التقنين المدنى السابق . وإذا كان بعض الفقهاء فى مصر نادى بوجوب الأخذ بها[(٦)] . فإن القضاء المصرى فى أحكامه ، عدا النذر اليسير[(٧)] ، قد قطع فى عدم الأخذ بها ؛ وأعلنت محكمة النقض هذا فى عبارات واضحة صريحة[(٨)] .

---

(١) فنصت المادة ١٥١/٢١١ من هذا التقنين على أن « كل فعل نشأ منه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر » .

(٢) إذ نص فى عبارة غامضة ، مكملا نص المادة ١٥١/٢١٢ ، على ما يأتى : « وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم » .

(٣) م ١٥٢/٢١٤ مدنى سابق .

(٤) م ١٥٣/٢١٥ مدنى سابق .

(٥) ولم ينقل عن التقنين المدنى الفرنسى النص الخاص بالمسئولية عن البناء (انظر نقض مدنى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠ ص ٩٨) . كذلك لم ينقل عن القضاء الفرنسى المسئولية عن الأشياء على الوجه الذى استقر عليه هذا القضاء أخيراً فى تفسيره للفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى . إذ لم يكن هذا القضاء وقت ظهور التقنين المدنى السابق قد استقر على هذا التفسير .

(٦) عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٧٨١ ومابعدها .

(٧) انظر بوجه خاص محكمة استئناف مصر ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٩ – الزقازيق الكلية ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٨٨ ص ١٦٩ – مصر الكلية المختلطة ١٧ يونيه سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٩٥ .

(٨) وهذا ما قضت به محكمة النقض : « إن القانون المصرى لم يرد فيه مايجعل الإنسان مسئولا عن مخاطر ملكه التى لا يلابسها شىء من التقصير ، بل إن هذا النوع من المسئولية يرفضه الشارع المصرى بتاتا . فلايجوز للقاضى اعتماداً على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية =

٣٢٧ – المسئولية التقصيرية فى التقنين المدنى المصرى الجديد : كان التقنين المدنى المصرى السابق قد التزم الإيجاز التام فى النصوص التى أوردها فى المسئولية التقصيرية . أما التقنين الجديد فقد أورد فى هذا الموضوع الكبير الأهمية عدداً غير قليل من النصوص . ويتبين من هذه النصوص أمران :

أولا – أن هذا التقنين لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة . وقد أحسن فى ذلك صنعاً . إذ يجب فى هذا الصدد أن يسلك المشرع المصرى الطريق الذى سبقه إليه المشرع الفرنسى ، فيصدر تشريعات خاصة فى مسائل معينة يقتضى التطور الاقتصادى فيها بأن يؤخذ بنظرية تحمل التبعة . وهذا هو النهج الذى سار عليه المشرع المصرى فعلا . متمشيا فى ذلك مع مقتضيات الظروف الاقتصادية للبلاد[1] .

= أن يرتبه على اعتبار أن العدل يسيغه . إذ أن هذه المادة لا يصح الرجوع إليها إلا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضعه لأحكام صريحة فيه جامعة مانعة . وإذن فالحكم الذى يرتب مسئولية الحكومة مدنياً عما يحدث لعامل على نظرية "مسئولية مخاطر الملك التى لا تقصير فيها والمسئولية الشيئية يكون قد أنشأ نوعا من المسئولية لم يقررها الشارع ولم يرده ، ويكون إذن قد خالف القانون ويتعين نقضه (نقض مدنى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٥ ص ٤٨٥) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن المالك ، وإن كان لا يسأل فى القانون القديم عن مخاطر ملكه ، إلا أنه مسئول عنها إذا ما لابسها شىء من التقصير (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٠ ص ٢٢٠) . وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٨ ص ٧٤٥ – استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٤ – ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨١ – ١٠ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٠٩ (تحمل التبعة الاجتماعية) .

(١) ومن أهم هذه التشريعات الخاصة التى أخذ فيها المشرع بتحمل التبعة بالقدر المعقول ما يأتى :

١ – قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن إصابات العمل (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) : ويقضى بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفى أثناء تأديته . الحق فى الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر فى القانون بحسب جسامة الإصابة . ولا يعفى صاحب العمل من التعويض إلا إذا أثبت أن العامل قد تعمد إصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب العامل . ولا يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام أى قانون آخر ، ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل (انظر نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٢ ص ٢٤٩) . وإذا كان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل ، جاز للعامل أن يطالب بحقوقه رب العمل وشركة =

ثانيا – جعل التقنين الجديد المسئولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات . أما المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء فقد أقامهما على خطأ مفترض .

ونحن نساير هذا الترتيب . فنبحث المسئولية التقصيرية في فصلين :

= التأمين معاً متضامنين . وإذا كانت الإصابة الموجبة للتعويض تقتضى قانونا مسئولية شخص آخر خلاف رب العمل ، جاز للعامل أن يطالب بالتعويض رب العمل أو ذلك الشخص الآخر . ويحل رب العمل الذى دفع التعويض محل العامل فى حقوقه قبل الشخص المسئول . كما يخصم التعويض الذى يقبضه العامل فعلا من الشخص المسئول من التعويض المستحق له قبل رب العمل . وإذا دفعت شركة التأمين قيمة التعويض فإنها تحل محل صاحب العمل فى حقوقه . وقد فرض القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال ، فقضى على كل صاحب عمل أن يؤمن على حوادث العمل التى يلزم بالتعويض عنها طبقاً للقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ (وقد حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ كما قدمنا) بشأن إصابات العمل . ولا يجوز تحميل العمال أى نصيب فى نفقات التأمين بأية طريقة كانت . هذا وقد ألغى قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ ، وحل محله القانون رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٥٨ ، ثم القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ الخاص بالتأمينات الاجتماعية المعدل بالقانونين رقم ١٤٣ و ١٥٥ لسنة ١٩٦١ ، ثم القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ وهو الخاص بالتأمينات الاجتماعية أيضاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وقع الضرر على غير عامل المصنع وبإهمال من أحد عمال المصنع ، فإن قانون إصابات العمل لا يسرى ، وتسرى القواعد العامة فى المسئولية (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٨ ص ٦٨٩) .

٢ – قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة : وتلحق أمراض المهنة بإصابات العمل من حيث إلزام صاحب العمل بتعويض مقدر عن هذه الأمراض دون حاجة إلى إثبات خطأه ، ومن حيث فرض التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال .

٣ – قانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعويض عن التلف الذى يصيب المبانى والمصانع والمعامل والآلات الثابتة بسبب الحرب : وهو قانون موقت ، ويخصص للتعويض رأس مال يتكون من موارد متعددة ، أهمها ضريبة تجبى من المنتفعين بهذا القانون (فهو بمثابة تأمين إجبارى) ومبلغ من الميزانية العامة معادل لما يجبى من هذه الضريبة .

٤ – قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب : ويقضى على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة (الربان وضباط الملاحة والمهندسين البحريين ، والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل فى السفينة) .

٥ – قانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم الإرشاد بميناء الإسكندرية : ويقضى بمسئولية السفينة – فيما عدا الخطأ الجسيم من المرشد – عن كل هلاك أو ضرر يصيب سفينة الإرشاد فى أثناء عمليات الإرشاد ، ويقضى كذلك بتعويض للمرشد عند اضطراره للسفر مع السفينة بسبب سوء الأحوال الجوية أو بناء على طلب ربان السفينة .

(الفصل الأول) فى المسئولية عن الأعمال الشخصية (والفصل الثانى) فى المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء .

الفصل الأول

المسئولية عن الأعمال الشخصية

٣٢٨ – مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات : المسئولية عن عمل شخصى يصدر من المسئول نفسه مسئولية تقوم على خطأ يجب إثباته . فالخطأ هنا غير مفترض بل يكلف الدائن إثباته فى جانب المدين . وهذه هى القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية . لم ينحرف القانون عنها إلى مسئولية تقوم على خطأ مفترض إلا فى حالات معينة حصرتها النصوص .

والمسئولية فى قاعدتها العامة لها أركان . إذا توافرت ترتبت على المسئولية آثارها . فنحن نتكلم فى أركان المسئولية . ثم فى آثارها .

الفرع الأول

أركان المسئولية التقصيرية

٣٢٩ – أركان ثلاثة : تنص المادة ١٦٣ مدنى على أن « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض[1] » . ويتبين من هذا النص أن المسئولية التقصيرية . كالمسئولية العقدية ، لها أركان ثلاثة : (١) الخطأ (٢) الضرر (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٤ (مطابق) – الليبى م ١٦٦ (مطابق) – العراقى م١٨٦ – ١٩٠ و١٩٢ – ٢٠٤ (موافق) – اللبنانى م ١٢١ – ١٢٣ (موافق) .

المبحث الأول

الخطأ(*)

(La faute)

٣٣٠ – مسألتان : نحدد أولا فكرة الخطأ فى المسئولية التقصيرية . ثم نستعرض تطبيقات مختلفة لهذه الفكرة .

المطلب الأول

تحديد فكرة الخطأ فى المسئولية التقصيرية

٣٣١ – للخطأ عنصران عنصر مادى وعنصر معنوى : الرأى الذى

(*) مراجع : رولان (**Rolin**) فى بعض ملاحظات على الالتزامات الناشئة من الجريمة وشبه الجريمة بروكسل سنة ١٩٢٧ – روتسير (**Rutsaert**) فى أساس المسئولية غير العقدية بروكسل سنة ١٩٣٠ – مارتون (**Marton**) فى أساس المسئولية المدنية سنة ١٩٣٨ – الرسائل : جرانمولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ – تيسير (**Teisseire**) رسالة من إكس سنة ١٩٠١ – بوسك (**Bosc**) رسالة من مونپلييه سنة ١٩٠١ – كوهندى(**Cohendi**) رسالة من ليون سنة ١٩١٠ – ساڤاتييه رسالة من پوانييه سنة ١٩١٦ – بترمييه (**Bettremieux**) رسالة من ليل سنة ١٩٢١ – ليجال (**Legal**) رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ – مينييه (**Meignié**) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ – وهلم (**Wilhelm**) رسالة من مونپلييه سنة ١٩٢٨ – شميت (**Schmidt**) رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ – بران (**Brun**) رسالة من ليون سنة ١٩٣١ – ديران (**Durand**) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ – ڤان رين (**Van Ryn**) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ – فيريه (**Fairé**) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ جواتون (**Joatton**) رسالة من ليون سنة ١٩٤٧ – ستارك (**Starck** رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ – هيسون (**Husson**) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ – المقالات : إيمانويل ليڤى فى المسئولية والعقد (المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٩ ص ٣٦١ وص ٣٨٣) – چنى فى تحمل التبعة والمسئولية (المجلة الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٨١٢) – پلانيول فى أساس المسئولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ٢٧٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨٠) – جوديميه (**Gaudemet**) فى تطور حديث فى المسئولية المدنية (المجلة الفصلية سنة ١٩٢٧ ص ٨٩٣) – إسمان فى مبادئ المسئولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٥٨) – شوڤو(**Chauvau**) فى مسائل فى المسئولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٣)– ساڤاتييه فى القواعد العامة فى المسئولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٤٩) .

استقر فقهاء[1] وقضاء هو أن الخطأ فى المسئولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانونى . كما أن الخطأ فى المسئولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدى قد يكون التزاما بتحقيق غاية أو التزاما ببذل عناية . أما الالتزام القانونى الذى يعتبر الإخلال به خطأ فى المسئولية التقصيرية فهو دائما التزام ببذل عناية . وهو أن يصطنع الشخص فى سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير . فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب . وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف . كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية .

ومن ثم يتحلل الخطأ فى المسئولية التقصيرية إلى عنصرين : العنصر الأول مادى وهو التعدى (culpabilité) . والعنصر الثانى معنوى وهو الإدراك (imputabilité, discernement) .

---

(١) وكانت الآراء الفقهية قد تضاربت فى تحديد معنى الخطأ فى المسئولية التقصيرية : فرأى يقول إن الخطأ هو العمل الضار المخالف للقانون . وهذا رأى لا يقدمنا كثيراً إذ بقى أن نعرف ما هى الأعمال المخالفة للقانون . ورأى ثان قال به پلانيول يعرف الخطأ بأنه هو الإخلال بالتزام سابق . ويحصر پلانيول الالتزامات التى يعتبر الإخلال بها خطأ فى أربعة : الامتناع عن العنف والكف عن الغش والإحجام عن عمل لم تتهيأ له الأسباب من قوة أو مهارة واليقظة فى تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء . وليس هذا تعريفاً للخطأ . بل هو تقسيم لأنواعه . ورأى ثالث لإيمانويل ليڤى يرجع تحديد الخطأ إلى التوفيق ما بين أمرين : مقدار معقول من الثقة توليه الناس للشخص فمن حقهم عليه أن يحجم عن الأعمال التى تضر بهم ، ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير . فالشخص ما بين الإقدام والإحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه . ولا يتعارض مع ثقة الناس به . ويدعى هذا المذهب بمذهب الإخلال بالثقة المشروعة (**confiance légitime trompée**) ، وهو كما نرى لا يتضمن ضابطاً يبين هذا الطريق الوسط الذى يعصم الشخص من الخطأ إذا هو سلكه . ورأى رابع يحلل الخطأ إلى عنصرين . فهو اعتداء على حق يدرك المعتدى فيه جانب الاعتداء كما يقول ديموج . أو هو إخلال بواجب يتبين من أخل به أنه أخل بواجب كما يقول ساڤاتييه . أو هو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهك حرمته أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل كما يقول چوسران . والاعتداء على الحق . والإخلال بالواجب . والحق الأقوى أو الحق المماثل ، كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ . بل هى ذاتها فى حاجة إلى تحديد .

انظر فى استعراض هذه الآراء الفقهية حسين عامر فى المسئولية المدنية فقرة ١٨٧ — فقرة ١٩٩ .

§ ١ – العنصر المادى – التعدى

٣٣٢ – الخطأ هو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد – معيار موضوعى : نستظهر مما تقدم أن الخطأ من حيث أنه تعدٍ هو انحراف فى السلوك . ويقع هذا الانحراف إذا تعمد الشخص الإضرار بالغير وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية (délit civil) . أو إذا هو دون أن يتعمد الإضرار بالغير أهمل وقصر وهذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية (qussi - délit civil).

أما معيار هذا الانحراف فيتصور أن يكون إما معياراً ذاتيا أومعيارا موضوعياً .

فإذا أخذنا بالمعيار الذاتى وجب أن ننظر إلى شخص المعتدى . فنبحث هل ما وقع منه يعد انحرافاً فى سلوكه هو . إذ قد يكون على درجة كبيرة من اليقظة فأقل انحراف فى سلوكه يكون تعديا . وقد يكون دون المستوى العادى فلا يعتبر متعديا إلا إذا كان الانحراف فى سلوكه انحرافاً كبيراً بارزاً . وقد يكون فى المستوى العادى فالتعدى بالنسبة إليه لايكون بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضآلة . وهذا المعيار الذاتى لاشك فى عدالته . فهو يقيس مسئولية كل شخص بمعيار من فطنته ويقظته . ولكن فيه عيباً جوهريا لايصلح معه أن يكون مقياساً منضبطاً وافيا بالغرض . فهو يقتضى أن ننسب الانحراف فى السلوك إلى صاحبه . فينبغى أن نكشف عما فيه من يقظة وهذا أمر خفى . ثم هو بعد ذلك يختلف باختلاف الأشخاص . فما ذنب المضرور ضحية هذا الانحراف ؟ وما الذى يعنيه ، وقد حاق به الضرر ، من أن يكون المتسبب فيه شخصاً فوق المستوى العادى أودون هذا المستوى ؟ هذا إلى أن التعويض جزاء مدنى ينظر فيه إلى التعدى . وليس عقوبة جنائية ينظر فيها إلى شخص المتعدى . ثم إن الدائن فى العمل غير المشروع ، كالدائن بموجب العقد، لاتعنيه الظواهر النفسية بقدر ما تعنيه الظواهر الاجتماعية . فالخطأ كالإرادة شىء اجتماعى قبل أن يكون ظاهرة نفسية . وكما يقف الدائن فى العقد عند الإرادة الظاهرة يستخلص منها الإرادة الباطنة دون أن يعبأ بما يكنه مدينه من سريرة خفية . كذلك الدائن فى العمل غير المشروع ينبغى أن يقف عند الانحراف عن السلوك المألوف لايعبأ بما ينطوى عليه مدينه من تراخ أو يقظة .

من أجل هذا كله رجح الأخذ بالمعيار الموضوعي . فيقاس الانحراف بسلوك شخص تجرده من ظروفه الشخصية فيصبح شخصا عاديا يمثل جمهور الناس[١] . فلا هو شديد اليقظة فيرتفع عن الشخص العادي . ولا هو محدود الفطنة فينزل عن الشخص العادي . بل هو الشخص الذي اتخذناه من قبل مقياساً للخطأ العقدي في الالتزام ببذل عناية . حيث يطالب من المدين في الأصل أن يبذل عناية الرجل المعتاد . وهو شخص عرفه القانون الروماني . وسماه برب الأسرة الطيب (bon père de famille) . ننظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص المعتاد . ونقيس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي . فإن كان هذا لم ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص المعتاد ، فهو لم يتعد . وانتفى عنه الخطأ . أما إذا كان قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . فقد تعدى . وثبت في جانبه الخطأ . بهذا وحده يسلم لنا معيار منضبط واف بالغرض . فلا نحن في حاجة إلى البحث عن خبايا النفس والكشف عن خفايا السّرائر . ولا المقياس يختلف في تطبيقه من شخص إلى آخر . بل يصبح التعدي أمراً واحداً بالنسبة إلى جميع الناس . فهو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . يستوي في ذلك الفطن الذكي والوسط العادي والخامل الغبي . ويصبح الخطأ شيئاً اجتماعيا لا ظاهرة نفسية . فتستقر الأوضاع وتنضبط الروابط القانونية[٢] .

---

(١) ويستوي في وجوب الأخذ بهذا المعيار أن يكون العمل غير المشروع فعلا أو تركاً . فإذا امتنع شخص عن إنقاذ غريق لأن في محاولة إنقاذه إلحاق الأذى بنفسه . لم يكن هذا انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ، فلا يعد الامتناع هنا خطأ . أما إذا كان من الميسور عليه إنقاذ الغريق دون أن يعرض نفسه للخطر . فقد يعتبر الامتناع عن إنقاذه في هذه الحالة خطأ لأنه انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . وبخاصة إذا وجد نص مماثل للتعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي على المادة ٦٣ من التقنين الجنائي الفرنسي بالمرسوم الصادر في ٢٥ يونيه سنة ١٩٤٥ ، حيث اعتبر مجرد امتناع الشخص عن مساعدة الغير دون تعرضه شخصياً لخطر ما جريمة (أنور سلطان ١ فقرة ٤٢١ — محمد كامل مرسي في الالتزامات ٢ فقرة ٣٤ مكررة ص ١٥ — وقارب أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٤٢٩ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢٢) . وقد نصت بعض التقنينات الأجنبية صراحة على المسئولية في حالة الامتناع عن مساعدة الشخص الذي يكون في حالة خطر : م ٢٣٦٨ من التقنين المدني البرتغالي — م ٤٠٥ من التقنين المدني الهولندي — م ٣٨٧ من التقنين المدني النرويجي .

(٢) ولا يخفى ما ينطوي عليه الأخذ بالمعيار الموضوعي من تسليم جزئي بقيام المسئولية على تحمل التبعة (risque) . ذلك أن الشخص الذي هو دون المستوى العادي من الفطنة واليقظة ، =

٣٣٣ – التجرد من الظروف الداخلية لا من الظروف الخارجية :

وهذا المعيار الموضوعي – معيار السلوك المألوف للشخص المعتاد – قد تجرد كما قدمنا من جميع الظروف الذاتية الملابسة لشخص المتعدي . إذ هي ظروف داخلية ملتصقة به . فلو أن سائق السيارة كان ضعيف البصر ، أو كان صبيا صغيراً في السن ، أو كان امرأة لاتستطيع السيطرة على أعصابها ، أو كان ريفياً لم يتعود القيادة في المدن ، فمازال السائق مأخوذاً بمعيار السلوك المألوف للشخص المعتاد . والشخص المعتاد هنا رجل سليم النظر تعود القيادة . فإذا انحرف في قيادته للسيارة عن مستوى قيادة الرجل السليم النظر الذي تعود القيادة ، لضعف بصره أو لصغر سنه أو للجنس الذي ينتمي إليه أو لعدم تعوده القيادة ، وهذه كلها ظروف داخلية لايعتد بها ، فقد ارتكب خطأ وتحققت مسئوليته .

ولكن إذا نحن جردنا الشخص المعتاد الذي اتخذناه معياراً من جميع الظروف الداخلية ، فليس لنا أن نجرده من الظروف الخارجية التي تحيط به إذ هي ظروف عامة تتناول جميع الناس ، وأهمها ظروف الزمان وظروف المكان . فسائق السيارة ليلا في المدينة ، لانجرده أولا من ظروف الزمان . فهو يسوق السيارة ليلا ، وهذا ظرف خارجي لاينفرد به بل يشترك فيه مع سائر سائقي السيارات . فالرجل المعتاد هنا إذن يجب أن يكون الرجل المعتاد الذي يسوق السيارة ليلا ، بما يقتضيه ظرف الزمان هذا من مزيد في اليقظة وإمعان في الانتباه . ولانجرده ثانيا من ظروف المكان . فهو يسوق السيارة في المدينة ، وهذا ظرف خارجي يشترك فيه مع غيره ممن يسوق في المدينة . فقد يسوق

= إذا أخذ بهذا المعيار ، كان عليه أن يتحمل تبعة نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادي . فقد يكون استنفد ما وسعه من جهد ، وبذل ما في طاقته من حرص ويقظة ، ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادي ، فيعد نزوله عن هذا المستوى تعدياً ويصبح مسئولا . ومسئوليته هذه إذا كانت تقوم على خطأ بالنسبة إلى المعيار الموضوعي ، فهي لا تقوم على أي خطأ بالنسبة إلى المعيار الذاتي . ومن هنا يجيء تحمل التبعة . فكأن المطلوب من الناس جميعاً ، وهم مأخوذون بهذا المعيار الموضوعي ، أن يبلغوا من الفطنة واليقظة مابلغ أوساطهم من ذلك . فمن علا عن الوسط كان علوه غنما ، ومن نزل عنه كان نزوله غرما . هكذا يعيش الإنسان في المجتمع ، وهذا هو الثمن الذي يدفعه للعيش فيه .

فى منعطفات ضيقة أو فى شوارع مزدحمة بالناس . فيجب أن يصطنع من الحيطة والأناة فى السير أكثر مما يفعل لوأنه كان يسوق فى شوارع فسيحة أو فى طرق خالية من الناس أو يخترق الصحراء فى طريق ممهد .

نستظهر إذن مما قدمناه القاعدة الآتية : إن الشخص المعتاد الذى يجعل سلوكه المألوف معياراً موضوعياً للخطأ يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية الملابسة لشخص المتعدى . دون أن يتجرد من الظروف الخارجية التى تحيط بالتعدى وأهم هذه الظروف هى ظروف الزمان وظروف المكان(١) .

---

(١) والتعدى على هذا الوجه الذى بسطناه إذا أوقع ضرراً بشخص . فعلى المضرور عبء إثبات وقوعه ، فيثبت أن المتعدى قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد فى الظروف الخارجية التى كان فيها المتعدى . ذلك أن المسئولية هنا قد ترتبت على عمل شخصى صادر من المسئول . وقد أسلفنا أن المسئولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات . انظر نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦ ص ١٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥١ ص ٤١٤ .

وقبل أن نترك هذا الموضوع ، نعود إلى ظروف ثلاثة سبق أن اعتبرناها ظروفا داخلية يجب عدم الاعتداد بها . وهى ظرف السن وظرف الجنس وظرف الحالة الاجتماعية . فقد أسلفنا أن سائق السيارة ، حتى لو كان صبياً أو امرأة أو ريفيا ، يجب أن يقاس سلوكه بسلوك الرجل المعتاد المجرد من هذه الظروف الثلاثة . وإذا صح هذا النظر فى شأن قيادة السيارة ، حيث لا يختص بهذا العمل الصبيان أو النساء أو الريفيون دون غيرهم ، فإنه لا يصح فى شأن الأعمال التى تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف . فإن الصبى الصغير إذا لعب مع رفقائه ، لا ينبغى أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج فى السن . كذلك المرأة إذا باشرت عملا تباشره النساء عادة كالتوليد والتمريض والتعليم ، لا يقاس سلوكها فيه بسلوك الرجل . والريفى الساذج ، وهو يعيش فى قريته النائية عيشته المألوفة ، لا يقاس سلوكه بسلوك المتحضر المثقف . ذلك أن الصبى الصغير فيما يقوم به من أعمال الصبيان ، والمرأة فيما تباشره من أعمال النساء ، والريفى فيما يسكن إليه من حياة قروية ، ينبغى أن يعتبر كل منهم منتمياً إلى طبقة قائمة بذاتها . فيتجرد — من كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث — شخص معتاد يكون سلوكه المألوف هو المقياس الذى يقاس به سلوك جميع الأفراد التى تنتمى إلى هذه الطبقة . فالمقياس الموضوعى للصبيان ، فيما هو من أعمال الصبيان ، صبى مثلهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بصبى بالذات . والمقياس الموضوعى للنساء ، فيما تباشر النساء عادة من أعمال ، امرأة منهن ومن وسطياتهن تتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بامرأة بالذات . والمقياس الموضوعى لأهل القرى ، فيما يدخل فى حياتهم الريفية ، قروى منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بقروى بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل فى أعمال الصبيان ، ولا هى من الأعمال التى تباشرها النساء عادة ، وليست محصورة فى أهل القرى . لذلك كانت ظروف السن =

٣٣٤ — حالات ثلاث تجعل التعدى عملا مشروعاً : فإذا أثبت المضرور وقوع التعدى من المتعدى ، رجع عليه بتعويض الضرر الذى أحدثه هذا التعدى . إلا أن المتعدى يستطيع أن يزيل عن التعدى صفة عدم المشروعية ، فيقلبه إلى عمل مشروع لا يوجب مسئوليته ، إذا هو أثبت أنه وقت أن ارتكب العمل كان فى إحدى حالات ثلاث : حالة الدفاع الشرعى (état de légitime défense) ، أو حالة تنفيذ لأمر صادر من الرئيس (exécution d'un ordre émanant d'un supérieur hiérarchique) ، أو حالة الضرورة (état de nécessité) . وقد عرض التقنين المدنى لهذه الحالات الثلاث بنصوص صريحة ، نقلت عن التقنين الجنائى وتعتبر هناك أسبابا للإباحة .

٣٣٥ — حالة الدفاع الشرعى : تنص المادة ١٦٦ مدنى على أنه « من أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله ، أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة[1] » فالدفاع الشرعى عن النفس أو المال يبيح التعدى ، ويجعله مشروعا .

= والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة إليها ظروفاً داخلية شخصية ، لا ظروفاً خارجية عامة . ومن ثم يتبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفاً داخليا شخصياً بالنسبة إلى شىء معين ، ثم ينقلب إلى ظرف خارجى عام بالنسبة إلى شىء آخر .

هذا ولا يقتصر تطبيق المقياس المجرد على الخطأ غير العمدى ، ففى الخطأ العمدى أيضاً يطبق هذا المقياس . ولا يكفى لتطبيقه أن يقال إن الشخص العادى فى سلوكه المألوف لا يقصد الإضرار بالغير ، فيكون الخطأ العمدى انحرافاً عن هذا السلوك المألوف (انظر مازو ١ فقرة ٣٩٤ — أنور سلطان ١ ص ٤١٣ هامش ٢) . ذلك أن من يتعمد الإضرار بالغير لا يكون مخطئاً فى جميع الأحوال ، فالتاجر الذى ينافس آخر منافسة شريفة لا يكون مسئولا حتى لو تعمد الإضرار بمنافسه . وإنما يكون من يتعمد الإضرار بالغير متعدياً إذا هو انحرف فى سلوكه عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ، فها نحن هنا نطبق المقياس المجرد . ولا يغنينا قصد الإضرار بالغير (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢٣ — وقارب سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٤٦ — وقارن أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٤٣٣) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٧ (مطابق) — الليبى م ١٦٩ (مطابق) — العراقى م ٢١٢ (موافق) — اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

ولكن يجب في ذلك توافر شروط الدفاع الشرعي . وهي : (١) أن يكون هناك خطر حال[١] على نفس الدافع أو ماله . أو على نفس الغير أو ماله إذا كان هذا الغير عزيزاً عند الدافع إلى درجة كبيرة . ولا يشترط وقوع الاعتداء على النفس أو المال بالفعل . بل يكفي أن يقع فعل يخشى معه وقوع هذا الاعتداء . ويترك هذا لتقدير الدافع متى كان هذا التقدير مبنيا على أسباب معقولة[٢] . (٢) أن يكون إيقاع هذا الخطر عملا غير مشروع . فليس لمن ألقي القبض عليه بطريق قانوني أن يقاوم رجال الشرطة بحجة الدفاع الشرعي[٣] . (٣) أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أو إفراط . فإذا جاوز الشخص حدود الدفاع كان متعديا[٤] . ولكن الخطأ من جانبه في هذه الحالة يقابله خطأ من جانب المعتدى . فتكون مسئولية من جاوز حدود الدفاع الشرعي مسئولية مخففة . والتعويض الذي يدفعه تراعى فيه « مقتضيات العدالة » كما يقضي النص . وذلك طبقاً لقواعد المسئولية عن الخطأ المشترك[٥] وسيرد بيان ذلك .

٣٣٦ — حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس : تنص المادة ١٦٧ مدنى على أنه « لايكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس . متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه

---

(١) نقض مدنى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٦ ص ١٣٨١ .

(٢) نقض جنائى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٩٨ ص ٣٢١ — ١٨ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٤٩ ص ٤٦٠ — ٥ أبريل سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٨٣ ص ٤٩٣ .

(٣) نقض جنائى ٢٤ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١٢ رقم ٩٢ ص ٥٠٠ .

(٤) نقض جنائى ٦ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١٠ رقم ٩٠ سنة ٤١٥ .

(٥) وتطبيق المعيار الموضوعى يؤدى إلى هذه النتيجة . ذلك أن السلوك المألوف للشخص المعتاد . إذا دهمه خطر . أن يدفع هذا الخطر بما وسعه من جهد ، مراعياً فى ذلك تناسباً معقولا بين الخطر الذى يتهدده والوسيلة التى يدفع بها الاعتداء . فإذا لم ينحرف المعتدى عليه عن هذا السلوك لم يكن متعدياً . أما إذا انحرف عنه بأن لم يراع التناسب المعقول من الخطر والوسيلة الدفعه ، اعتبر عمله تعدياً يخفف منه الاعتداء الذى بودئ به طبقاً لقواعد الخطأ المشترك .

أو يعتقد أنها واجبة . وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة . وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة»[١] .

فإطاعة أمر صادر من الرئيس تجعل التعدى عملا مشروعا بشروط ثلاثة : (١) أن يكون من صدر منه العمل موظفاً عاما . (٢) أن يكون قد صدر له أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس ولو غير مباشر طاعته واجبة عليه . وليس يكفى أن يعتقد الموظف أن طاعة الرئيس واجبة . فقد يصدر رئيس واجب طاعته إلى مرؤوس أمراً غير واجب الطاعة . فلا يجوز فى هذه الحالة للمرؤوس أن ينفذ هذا الأمر غير المشروع وإلا كان هذا تعديا تترتب عليه مسئولية الموظف . مثل ذلك أن يصدر مأمور المركز أمرا لأحد الضباط بالقبض على متهم وحبسه . دون أن يستصدر بذلك أمراً من النيابة العامة فى الأحوال التى يجب فيها ذلك . (٣) أن يثبت الموظف أمرين : أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذى نفذه اعتقاداً مبنيا على أسباب معقولة لا على مجرد الظن . وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة فلم يرتكب العمل إلا بعد التثبت والتحرى[٢] .

وما يقال فى إطاعة أمر الرئيس يقال أيضاً فى إطاعة أمر القانون . فيكفى أن يكون الموظف العام قد اعتقد بحسن نيته أنه قام بالعمل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو لما اعتقد أن إجراءه داخل فى اختصاصه . وأن يثبت أن اعتقاده هذا مبنى على أسباب معقولة وأنه لم يقدم على العمل إلا بعد التثبت والتحرى ، حتى يكون عمله مشروعا لأنه لم ينحرف به عن السلوك المألوف للشخص المعتاد.

٣٣٧ — حالة الضرورة : تنص المادة ١٦٨ مدنى على أنه « من سبب

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٨ (مطابق) — الليبى م ١٧٠ (مطابق) — العراقى م ٢١٤ — ٢١٦ (موافق) — اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) نقض جنائى ١١ أبريل سنة ١٩٠٠ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١١ رقم ٦٧ ص٣٣٧ — فإذا توافرت هذه الشروط انتفت مسئولية المرؤوس ، ولكن مسئولية الرئيس تقوم . وهذا الحكم يمكن تخريجه أيضاً بتطبيق المعيار الموضوعى . فإن الشخص المعتاد ، إذا وجد فى الظروف التى حددتها الشروط السابق بيانها لا يجد بداً من تنفيذ أمر رئيسه . فالموظف إذن لم ينحرف عن هذا السلوك المألوف . فلا يكون متعدياً .

ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر ، محدقاً به أو بغيره ، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا »[1].

فالشروط التى يتطلبها النص حتى تتحقق حالة الضرورة هى: (١) أن يكون الشخص الذى سبب الضرر ، هو أوغيره ممن هم أعزاء لديه ، مهدداً بخطر حال . ولافرق بين خطر يهدد النفس أو خطر يهدد المال . (٢) أن يكون هذا الخطر الحال مصدره أجنبى . فإذا كان الخطر مصدره من سبب الضرر ، فإن إلحاق هذا الأخير الضرر بالغير لكى يتقى خطراً هو الذى جلبه على نفسه يعتبر تعديا يوجب مسئوليته كاملة[2] . وإذا كان الخطر مصدره هو من وقع عليه الضرر ، فإن دفع الخطر ولو بإلحاق ضرر بمن كان مصدراً لهذا الخطر يعتبر دفاعا شرعيا يعفى من المسئولية أصلا . (٣) أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الذى وقع . فالشخص الذى يتلف مالا للغير ليطفىء حريقاً شبت فى داره يكون فى حالة ضرورة ، ولكنه لايعفى من المسئولية التقصيرية جملة واحدة ، بل تقدر الضرورة بقدرها . فيلزمه القاضى بتعويض مناسب ، أى بتعويض مخفف عن المسئولية التقصيرية ، وذلك إلى جانب رجوع صاحب المال بدعوى الإثراء بلا سبب[3].

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٩ (مطابق) – الليبى م ١٧١ (مطابق) – العراقى م ٢١٣ (موافق) – اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) نقض جنائى ١٣ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١٢ رقم ٦٣ ص ٣٣٠ .

(٣) أما إذا كان الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذى وقع ، ولو لم يبلغ الخطر منزلة القوة القاهرة ، فإن حالة الضرورة فى هذه الحالة تعفى من المسئولية التقصيرية . فالشخص الذى يستولى على دواء لا يملكه يعالج به نفسه من مرض داهم ، يعفى من المسئولية التقصيرية ، وإن كان لا يعفى من رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى الإثراء بلا سبب .

وإذا كان الخطر المراد تفاديه مساويا للضرر الذى وقع أو دونه فى الجسامة ، ففى هذه الحالة لا يجوز للشخص أن يلحق بغيره ضررا ليتفادى خطراً لا يزيد على هذا الضرر . ومن فعل ذلك كان متعدياً وتحققت مسئوليته التقصيرية كاملة .

ونحن فى التمييز ما بين هذين الفرضين إنما نقيس المسئولية بمعيارها الموضوعى ، وهو السلوك المألوف للشخص المعتاد . فلم يقع انحراف فى الفرض الأول فلم تقم المسئولية أصلا ، ووقع انحراف فى الفرض الثانى فقامت المسئولية كاملة . أما فى الفرض الذى يكون فيه الخطر أشد من الضرر ، فقد وقع انحراف ولكن خفف منه قيام الضرورة فكانت المسئولية مخففة .

§ ٢ – العنصر المعنوى – الإدراك

٣٣٨ — مناط المسئولية التمييز : الإدراك أو التمييز (discernement) هو العنصر المعنوى فى الخطأ ، ولامسئولية دون تمييز . فالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه عتهاً تاما ومن فقد رشده لسبب عارض كالسكر والغيبوبة والمرض والنوم تنويما مغنطيسيا والمصاب بمرض النوم . كل هؤلاء لا يمكن أن ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم . وهذه مسألة كاد الإجماع ينعقد عليها منذتقررت فى القانون الرومانى ، وانتقلت منه إلى العصور الوسطى ، ومن هذه إلى العصور الحديثة . واعتبر سقوط المسئولية عن عديم التمييز من الناحيتين الجنائية والمدنية معاً خطوة خطاها القانون إلى الأمام .

ولكن تيار النظرية المادية فى المسئولية التقصيرية ، وهى النظرية التى تبنى المسئولية على تحمل التبعة لا على الخطأ ، بدأ فى العهد الأخير يعيد إلى ميدان البحث مسئولية عديم التمييز . فأنصار النظرية المادية يقولون بالمسئولية حتى إذا انعدم التمييز . فالمسئولية عندهم تقوم على الضرر . وعديم التمييز إذا لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ يستطيع إحداث الضرر . فعمد بعض أنصار المسئولية المبنية على الخطأ إلى تعديل موقفهم من عديم التمييز . ورأوا فى المعيار الموضوعى للتعدى ما حسبوه يساعد على القول بمسئولية عديم التمييز فى نطاق الخطأ . فعديم التمييز إذا قيس سلوكه بالسلوك المألوف للشخص المعتاد بدا انحرافه . فهو إذا صدر منه عمل يضر بالغير كان العمل تعديا يستوجب المساءلة . أما انعدام التمييز فهو ظرف داخلى شخصى لايعتد به ، وقد تقدم أنه يجب تجريد الشخص المعتاد الذى جعل معياراً للتعدى من جميع الظروف الداخلية الشخصية[١] .

---

(١) وهذا القول لا يسعف فى نظرنا القائلين بمسئولية عديم التمييز ، حتى لو قيل إن الخطأ ليس له إلا عنصر واحد هو عنصر التعدى . فقد قدمنا أنه لا يصح اعتبار ظرف عام تشترك فيه طائفة من الناس ظرفاً داخلياً خاصاً بكل فرد من أفراد هذه الطائفة ، عند تقدير ما يصدر عادة عن هذه الطائفة من أعمال . فالصبية والنساء والريفيون مقياسهم الموضوعى ، فى الأعمال التى تصدر منهم فى العادة ، لا يتجرد من عوامل السن والجنس والحالة الاجتماعية ، ومقياس كل طائفة من هؤلاء شخص من أوسطهم ينتمى إلى الطائفة بالذات . كذلك عديمو التمييز هم أيضاً طائفة من الناس تشترك =

ولكن هذا النظر يقصر الخطأ على عنصر التعدى . والصحيح أن للخطأ عنصراً آخر هوعنصر الإدراك . ولاتزال المسئولية المدنية . مهما جردناها من العوامل الأدبية . مرتبطة بهذا العامل الأدبى لايجوز أن تنفلت عنه . فهى تقوم على التمييز . والشخص الذى لايدرك ما يصدر عنه من عمل لاتجوز مساءلته لا أدبيا ولا جنائيا ولامدنيا مادامت المسئولية تقوم على الخطأ . وهذا هو فضل النظرية الشخصية ، فهى تربط المسئولية بالخطأ ، وتربط الخطأ بالتمييز ، فتُشيع فى المسئولية عاملا أدبيا لايجوز الاستغناء عنه . إذ هو عنصر ذاتى يخفف من حدة العنصر الموضوعى الذى يهيمن على معيار الشخص المجرد[1].

ويبقى أخيراً أن نقرر أن التميز فى المسئولية التقصيرية لايكيف على أنه أهلية يجب توافرها كالأهلية فى العقد ، إنما التميز هو عنصر الإدراك فى الخطأ وبدونه لايكون التعدى خطأ[2].

٣٣٩ — مسئولية عديمى التمييز : تنص المادة ١٦٤ مدنى على أنه « ١ — يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز . ٢ — ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز . ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول . جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل . مراعيا فى ذلك مركز الخصوم »[3].

= فى مميز عام هو انعدام التمييز . فلايجوز أن يتجرد مقياسهم الموضوعى من هذا المميز فى تقدير الأعمال التى تصدر منهم فى العادة . ولما كان عديمو التمييز لا يتصور فيهم أن يتصرفوا تصرف المميزين ، فإن كل عمل يصدر منهم ، مهما كان غريبا شاذاً ، يدخل ضمن أعمالهم المعتادة . والمجانين مقياسهم الموضوعى ، فيما هو من أعمال المجانين ، مجنون منهم تقاس تصرفاتهم بتصرفاته . فإذا قيس سلوك عديمى التمييز فى أى عمل يصدر منهم بالسلوك المألوف من شخص عديم التمييز ، فإن هذا السلوك لا ينحرف عن مقياسه ، ولا يعتبر تعديا ، وعلى هذا الوجه يكون عديم التمييز غير مسئول .

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٤٩٨ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٩٦٨ — كولان وكابيتان ٢ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٤ — انظر عكس ذلك مازو ١ فقرة ٤٥٦ ومابعدها — سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ٣٥ — ص ٣٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٥ فى الهامش .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٥ (مطابق) — الليبى م ١٦٧ (مطابق) — العراقى م ١٩١ (مقارب) — اللبنانى م ١٢٢ (موافق) .

فالأصل إذن كما قدمنا أن الشخص . حتى يكون مسئولا مسئولية تقصيرية ، يجب أن يكون مميزاً . وليس من الضرورى أن يكون قد بلغ سن الرشد ، فالتمييز لا الرشد هو عنصر الخطأ .

فالصبي غير المميز . وهو الذى لم يبلغ السابعة من عمره. لاتصح مساءلته مساءلة تقصيرية . كذلك المجنون لاتصح مساءلته . ويفرض فى المجنون استصحاب حالة الجنون إلا أن يقوم الدليل على أنه ارتكب العمل الضار وهو فى لحظة من لحظات الإفاقة (intervalles lucides) . والمعتوه عتهاً كاملا عديم التمييز فلا تصح مساءلته . أما المعتوه المميز فتجوز مساءلته حتى لوكان محجوراً لتوافر عنصر الإدراك فيه . وأما ذو الغفلة والسفيه ولوكانا محجورين ، والأصم والأبكم والأعمى ولوتعين لواحد منهم مساعد قضائى ، فتجوز مساءلتهم جميعاً لأنهم يدركون ما يصدر عنهم من أعمال . وتنتفى المسئولية حتى لوكان انعدام التمييز يرجع إلى سبب عارض يزول ، كالمنوم تنويما مغنيطسا والمصاب بمرض النوم والمدمن على السكر أو المخدرات والمصاب بالصرع ونحو ذلك . فمتى ثبت أن الشخص الذى ارتكب العمل الضار كان فاقد الوعى أو منعدم التمييز وقت ارتكابه لهذا العمل ، فإنه لاتصح مساءلته لأن عنصر الإدراك غير موجود .

على أن عديم التمييز يكون مسئولا فى نطاق ضيق . حددته الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ مدنى سالفة الذكر . ومسئوليته هذه ليست مبنية على الخطأ إذ الخطأ يستوجب الإدراك كما قدمنا . وإنما تقوم على تحمل التبعة ، فالشخص غير المميز بالشروط التى وردت فى النص يتحمل تبعة مايحدثه من ضرر . ولذلك جاءت مسئوليته مشروطة ومخففة . فهى أولا مسئولية مشروطة . وشرطها ألاّ يجد المضرور سبيلا للحصول على التعويض من المسئول عن عديم التمييز . ذلك أن الصغير عديم التمييز يكون عادة فى كفالة أبيه أو أحد أقاربه . والمجنون يكون فى كفالة أحد من هؤلاء أوكفالة أحد مستشفيات الأمراض العقلية . فالمعهود إليه بالرقابة يكون مسئولا وحده عن عمل عديم التمييز ، فيرجع عليه المضرور بالتعويض كاملا . أما إذا لم يوجد ، أو وجد ولكنه استطاع أن ينفى الخطأ عن نفسه إذ هو خطأ قابل لإثبات العكس كما

سيأتى . أولم يستطع نفى الخطأ ولكنه كان معسراً فلم يستطع المضرور أن يحصل منه على التعويض . فعند ذلك يرجع المضرور بالتعويض على عديم التمييز نفسه . ومسئولية عديم التمييز فى هذه الحالة مسئولية مخففة . لأنها مسئولية لا تقوم على الخطأ بل على تحمل التبعة كما قدمنا . فيقضى على عديم التمييز بتعويض عادل مع مراعاة مركز الخصوم . فيكون التعويض كاملا لوكان عديم التمييز ثريا وكان المضرور فقيراً . ويكون التعويض جزئيا لوكان عديم التمييز ميسر العيش من غير وفر وكان المضرور فقيراً . وقد لايقضى بتعويض أصلا — لأن الحكم بالتعويض هنا جوازى لاوجوبى — إذاكان عديم التمييز فقيراً . وبخاصة إذاكان المضرور أيضاً فى سعة من العيش .

٣٤٠ — مسئولية الشخص المعنوى : تجوز مساءلة الشخص المعنوى عن الأخطاء التى يرتكبها ممثلوه . إذ يتوافر عنصر الإدراك فى الخطأ عند من يمثل الشخص المعنوى وهو شخص طبيعى . وإذا كانت مساءلة الشخص المعنوى مساءلة جنائية جائزة فيما يمكن أن يوقع على الشخص المعنوى من عقوبات كالغرامة والمصادرة والحل . فأولى أن تكون مساءلته مساءلة مدنية جائزة إذ يمكن القضاء عليه بالتعويض . والأمثلة كثيرة على الأخطاء التى يرتكبها ممثلو الشخص المعنوى فيصبح هذا مسئولا عنها : مدير شركة يفصل عاملا فى وقت غير لائق فتكون الشركة مسئولة عن هذا الفصل . سائق قطار يدهس شخصاً فتكون مصلحة السكك الحديدية مسئولة . عامل البريد يضيع رسالة فتكون مصلحة البريد مسئولة[1] .

ولما كان الشخص المعنوى يختلف عن الشخص الطبيعى فى أنه لا يمكن أن ينسب له التمييز مباشرة . فإن كثيراً من الأحكام تجعل مسئولية الشخص المعنوى عن أعمال ممثليه هى مسئولية المتبوع عن التابع . فتصل بذلك إلى تقرير المسئولية بالتضامن بين الشخص المعنوى وممثليه . على أن هناك أحوالا يصعب فيها الوصول إلى مساءلة الشخص المعنوى عن هذا الطريق غير المباشر . فقد يحدث أن الخطأ الذى يوجب المساءلة يكون قرارا صادراً من

---

(١) والوقف يعتبر شخصاً معنويا . وناظر الوقف هو الممثل . فيكون الوقف مسئولا عن أخطاء ناظره (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥) .

إحدى هيئات الشخص المعنوى (مجلس الإدارة مثلا) ، فلابد إذن من نسبة الخطأ مباشرة إلى الشخص المعنوى ذاته . وتكون مسئوليته مسئولية عن عمل شخصى لا مسئولية المتبوع عن التابع . ولابد حينئذ من الاقتصار على عنصر التعدى فى الخطأ دون عنصر التمييز .

المطلب الثانى

تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ

٣٤١ — التمييز بين الخروج عن الحق والتعسف فى استعمال الحق : قدمنا أن الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . وهذا الانحراف قد يقع من الشخص وهو يباشر رخصة ، أو يقع منه وهو يستعمل حقاً . والفرق بين الرخصة والحق أن الرخصة هى حرية مباحة فى التصرف كالسير والكتابة والنشر والتقاضى ونحو ذلك من الحريات العامة . أما الحق فهو مصلحة معينة مرسومة الحدود يحميها القانون . فالملكية حق . والتملك رخصة . ذلك أن القانون كفل لجميع الناس الحرية فى أن يتملكوا طبقا للقواعد التى قررها فى أسباب الملك ومن ثم فالتملك رخصة . فإذا ما كسب الشخص ملكية شىء معين بسبب من أسباب الملك انتقل من الرخصة إلى الحق وأصبحت له مصلحة معينة مرسومة الحدود هى حق الملكية فى هذا الشىء المعين .

والشخص العادى فى سلوكه المألوف إذا أتى رخصة يلتزم قدراً من التبصر واليقظة حتى لايضر بالغير ، وإذا استعمل حقاً فإنه لايجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق . فإذا ماانحرف شخص وهو يأتى رخصة — مشى أوكتب أو نشر أو تقاضى — عن السلوك المألوف من الشخص المعتاد ، فمشى بسيارته ولم يلتزم اليقظة اللازمة فدهس أحد المارة ، أوكتب فأفشى سراً من أسرار المهنة لا يجوز له إفشاؤه ، أو نشر فقذف شخصاً ، أو تقاضى فأمعن فى الإضرار بخصمه لدداً فى الخصومة ، كان كل هذا خطأ يحقق مسئوليته . وكذلك إذا استعمل حقاً معينا — حق ملكية أو حق ارتفاق — فجاوز الحدود المرسومة للحق الذى يستعمله ، بأن بنى فى ملكه مجاوزاً حدود هذا الملك ،

أو فتح مطلا فى المسافة الممنوعة قانونا . كان هذا خطأ يحقق مسئوليته .

وقد كان رجال الفقه فى القرن الماضى يرون تقييد الرخصة ولا يرون تقييد الحق. فيشترطون فى إتيان الرخصة ألا ينحرف الشخص عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . أما الحق فلا يشترطون فى استعماله إلا عدم مجاوزة حدوده . فكان الخطأ فى نظرهم هو انحراف عن السلوك المألوف فى إتيان الرخصة . أو مجاوزة للحدود فى استعمال الحق . أما إذا استعمل الشخص حقاً ولم يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق . فإنه لا يخطئ ولو أضر بالغير . ومن ثم كان استعمال الحق غير مقيد إلا بمدى حدوده . فإن جاوزها صاحب الحق كان هذا خروجا عن الحق وهو خطأ يحقق مسئوليته . وإن التزمها فلا تتحقق مسئوليته حتى لو انحرف فى استعمال الحق عن السلوك المألوف للشخص المعتاد فأضر بالغير .

فلا يشترط إذن فى استعمال الحق عند رجال الفقه القديم إلا عدم مجاوزة الحدود التى وضعت له . ومادام صاحب الحق داخل هذه الحدود . فإنه لا يرتكب خطأ مهما أضر بالغير . ومهما كان مهملا أو سيئ النية . وهذه الصورة هى التى نظر فيها رجال الفقه الحديث . ورأوا خلافا للفقه فى الماضى أن المسئولية فيها يجب أن تتحقق . وأطلقوا عليها اسما معروفا هو « التعسف فى استعمال الحق » (abus du droit) .

ومن ثم أصبح للخطأ صورتان : صورته الأولى وهى الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق . وصورته الجديدة وهى التعسف فى استعمال الحق . ونتناول كلا من الصورتين فى تطبيقاتها المختلفة .

§ ١ – الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق

٣٤٢ – من قاعدة عامة إلى حالات متعددة : رأينا أن هناك قاعدة عامة تقضى بأن كل خطأ يسبب ضرراً يوجب التعويض . وهذه هى السياسة التشريعية التى جرت عليها التقنينات اللاتينية ومعها التقنين المصرى . فهى لا تورد تطبيقات تفصيلية للخطأ بل تقتصر على وضع القاعدة العامة . أما القوانين الأنجلوسكسونية والجرمانية . فإنها تعمد إلى إيراد التطبيقات التفصيلية دون القاعدة العامة . على أن الفرق ليس بكبير . فالقوانين الأنجلوسكسونية

والجرمانية تعدد حالات الخطأ . ولكن يمكن أن يستخلص من هذه الحالات قاعدة عامة تتناول الخطأ في ذاته وتحدد عناصره . أما التقنينات اللاتينية فتبدأ بهذه القاعدة العامة . ولكنها تنتهي في تطبيقات القضاء إلى حالات في الخطأ تعددها المحاكم حالة حالة وتبين خصائص كل حالة منها . فهنالك إذن طوائف من الجرائم المدنية واضحة المعالم بينة الحدود . شبيهة بالجرائم الجنائية التي يحددها التقنين الجنائي . ونتناول في إيجاز بعض هذه الحالات على النحو الذي انتهى إليه فيها قضاء المحاكم .

٣٤٣ — حوادث النقل والسيارات والسكك الحديدية : يقع كل يوم من حوادث النقل ما يوجب المسئولية . وهي حوادث متنوعة تنجم عن وسائل النقل المختلفة : من الدواب إلى العربات إلى السيارات إلى السفن إلى الطائرات . وفي البر والبحر والجو .

والنقل إذا كان بأجر (١) . كانت المسئولية عنه مسئولية عقدية لا محل للكلام فيها هنا . أما إذا كان بغير أجر (transport bénévole, gratuit) . كأن يستصحب شخص صديقاً له في سيارته . فإن المسئولية فيه ليست مسئولية عقدية . لأن النقل في هذه الحالة ليس بعقد إذ لم يقصد الطرفان أن يرتبطا ارتباطا قانونيا . فلا تبقى إلا المسئولية التقصيرية . فإذا أصيب الصديق بضرر بسبب النقل . كان صاحب السيارة مسئولا نحو صديقه المضرور إذا أثبت هذا خطأ في جانبه وفقاً للقواعد العامة (٢) .

---

(١) والتراخيص المجانية تعطى حكم النقل بأجر . مادام النقل في الأصل هو بأجر . (عبد الحي حجازي ص ٤٢١) .

(٢) وكانت محكمة الاستئناف المختلطة تقضي بأن من يقبل النقل مجانا يعتبر أنه قد أعفى صاحب السيارة من مسئوليته . فلا يستطيع الرجوع إلا إذا أثبت في جانب صاحب السيارة خطأ جسيما . بأن أثبت أنه كان يسير بسرعة جنونية لا تجعله مسيطراً على السيارة . أو أنه كان يسير بسرعة شديدة على مقربة من سيارة أخرى دون أن يوقد مصابيح سيارته (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ - ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٧ — ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٥ — ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ — ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٣) . ولكن هذا الرأي يجب أن يستبعد لأن الإعفاء من المسئولية التقصيرية لا يجوز . ويكفي أن يثبت الصديق في جانب صاحب السيارة خطأ ولو يسيرا حتى تتحقق مسئولية صاحب السيارة .

وهناك مسئولية تقصيرية أخرى تترتب على حوادث النقل إذا كان الضرر قد وقع لا على الراكب بل على المارة فى الطريق وهى حوادث أكثر وقوعا من الحوادث الأولى . ومن الأمثلة المألوفة أن يقود شخص سيارة ويسير بسرعة ينجم عنها الخطر ، أو أن يسير فى الليل دون أن يوقد مصباح السيارة ، أو أن يسير على الجانب الأيسر من الطريق ، أو أن يدخل من شارع جانبى إلى شارع رئيسى دون أن ينتظر مرور السيارات التى تسير فى الشارع الرئيسى[1] ، أو أن يغفل تنبيه المارة إلى خطر يتهددهم من السيارة ، أو أن يخالف لوائح المرور ونظمها[2] . وكثيراً ما تقع الحوادث من قطارات السكك الحديدية[3] ، والمركبات الكهربائية[4] . وغير ذلك من وسائل النقل

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن السائق الذى يأتى من شارع جانبى يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذى يسير فى الشارع الرئيسى ، فإذا كان هذا الأخير يسير أيضاً بسرعة زائدة كان هناك خطأ مشترك (استئناف مختلط ٢٨ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٠) .

(٢) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢١٤ - ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٧ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٢ - ٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٣ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١١ .

(٣) انظر فى مسئولية مصلحة السكك الحديدية بسبب مصباح زيت معيب أحرق مركبة (استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٩٩) ، وبسبب عيب فى فرملة القطار (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٩) ، وبسبب إعطاء إشارات فجائية (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٦٦) ، وبسبب وقوف القطار بعيدا عن المحطة (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٨) ، وبسبب خروج القطار عن القضبان (استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٥ - ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٢) ، وعن الشرار الذى يتطاير (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص٣١٨) ، وعن تصادم القطارات (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٨ - ٣ نوفبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢) ، وعن الأضرار التى تصيب الموظفين (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ - ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٢ - ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٨) - وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٥ نوفبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٧٨/١ص ١٥٥ - استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ ص ١١٠٤ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٥٨/١ ص ٤٩٥ .

وانظر فى حوادث المجازات (المزلقانات) : نقض جنائى ١٠ نوفبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٣١٩ ص ٩٠٥ - ٢٦ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٣ ص ٢٧٦- استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢١ - ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٤- ٢ أبريل سنة١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١١ .

(٤) انظر فى مسئولية شركة الترام عن سير القطار قبل أن ينزل الراكب (استئناف =

المختلفة[1] . وسنرى أن المسئولية فى أكثر هذه الأحوال لا تبنى على خطأ واجب الإثبات ، بل على أساس حراسة الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة . فيكون الحارس مسئولا عما تحدثه وسائل النقل من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه :

٣٤٤ — حوادث العمل : وليست حوادث العمل بأقل من حوادث النقل بعد تقدم المخترعات الميكانيكية . ولعل حوادث النقل وحوادث العمل هى أبلغ الحوادث أثراً فى تطور المسئولية التقصيرية .

وقبل صدور قانون العمل[2] ، كان القضاء المصرى لا يجعل صاحب العمل مسئولا قبل العامل عن حوادث العمل إلا إذا أثبت العامل خطأ فى جانب صاحب العمل[3] . ويوجب على صاحب العمل أن يتخذ الاحتياطات اللازمة حتى يحمى العمال من مخاطر العمل ، وإلا كان مسئولا[4] . وتصبح مسئولية صاحب العمل أشد إذا كان العامل صبيا صغير السن . ولا يستطيع صاحب العمل أن يخفف باتفاق من مسئوليته التقصيرية[5] . وهو مسئول عن خطأ تابعه[6] . ولكن يجوز أن يتعهد بتعويض العمال تعويضاً جزافيا عن

= مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٨ — ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩م ٤٢ ص٣٨) ، وعن إصابة المارة فى الطريق (استئناف مختلط ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ — ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٦ — ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٦ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤١ — ٢٧ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص٤٩).

(١) انظر فى حوادث الطائرات : استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٦ .

(٢) القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ، ثم حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ ، ثم ألغى هذا القانون الأخير وحل محله القانون رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٥٨ — ثم القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانونين رقم ١٤٣ و ١٥٥ لسنة ١٩٦١ — ثم القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٩ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨١ — ٢٥ نوفبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ — ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧١ .

(٤) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦١ — ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠ — ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١ .

(٥) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

(٦) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٠ .

مخاطر العمل[١] . وتنتفى مسئوليته إذا كان الضرر قد وقع بخطأ العامل نفسه[٢] .

وبعد أن صدر قانون العمل ، خضعت حوادث العمل لهذا القانون ، ولم يعد يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام قانون آخر ، ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل[٣] .

٣٤٥ — **الأخطاء الفنية فى مزاولة المهنة** : قد يخطئ الطبيب وهو يقوم بعملية جراحية ، والصيدلى فى تركيب الدواء ، والمهندس فى عمل التصميم ، والمحامى فى القيام بإجراءات التقاضى . وأول ما تجب ملاحظته أن مسئولية هؤلاء الفنيين تكون فى أكثر الأحوال مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية[٤] ، لأنهم يرتبطون بعقود مع عملائهم فى تقديم خدماتهم الفنية . ولكن هذه الخدمة الفنية التى يلتزمون بتقديمها بموجب العقد لا تزيد على أن تكون بذل عناية فنية هى التى تقتضيها أصول المهنة . فالتزامهم بالعقد هو إذن التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . ومن ثم يتحد بالنسبة إليهم المعياران ، معيار المسئولية العقدية ومعيار المسئولية التقصيرية . ففى كلتا المسئوليتين يطلب منهم بذل العناية الفنية التى تقتضيها أصول المهنة لأن هذا هو السلوك الفنى المألوف من رجل من أوسطهم علما وكفاية ويقظة . فالانحراف عن هذا المعيار ، سواء كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية ، يعتبر خطأ مهنيا (faute professionnelle)

فأى خروج على الأصول المستقرة للفن ، جسيما كان هذا الخروج أو يسيرا[٥] ، يعد خطأ مهنيا يستوجب المسئولية . والشخص الفنى الوسط الذى

---

(١) استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٤ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ (وقد سبقت الإشارة إليه) .

(٢) استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠ — ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١ .

(٣) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٥ .

(٤) والقضاء فى مصر يذهب إلى أن مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية بعيدة عن المسئولية العقدية (نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦ — استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٨٥ ص ٢٥٨) .

(٥) وقد ذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى وجوب التمييز فى مزاولة المهنة بين الخطأ العادى والخطأ المهنى . فالخطأ العادى هو ما يرتكبه صاحب المهنة عند مزاولة مهنته دون أن يكون =

يؤخذ معياراً للخطأ المهنى يجب ألا يتجرد عن الظروف الخارجية . وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الصدد . فإذا كان طبيباً وجب النظر إلى أية طائفة من الأطباء ينتمى : هل هو طبيب عام أو هو أخصائى أو هو الثقة الذى يرجع إليه فى الحالات المستعصية . لكل من هؤلاء أجره . ولكل معياره الفنى ، وبمقدار هذا المعيار تكون مسئوليته . وما يقال فى الطبيب يقال فى المحامى والمهندس والزراعى والمحاسب وغيرهم من رجال الفن .

٣٤٦ — الاعتداء على الشرف والسمعة : وكثيراً ما يكون الخطأ اعتداء على الشرف والسمعة . وليس من الضرورى أن يكون المعتدى سيئ

= لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة . كما إذا أجرى الطبيب عملية جراحية وهو سكران. ومعيار الخطأ العادى هو معيار الخطأ المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . أما الخطأ المهنى فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية للمهنة. كما إذا أخطأ الطبيب فى تشخيص المرض . ولا يسأل صاحب المهنة . فى نظر هؤلاء الفقهاء ، عن الخطأ المهنى إلا إذا كان خطأ جسيماً ، حتى لا يقعد به الخوف من المسئولية عن أن يزاول مهنته بما ينبغى له من الحرية فى العمل ومن الطمأنينة والثقة فى فنه وفى كفايته الشخصية (لوران ٢٠ فقرة ١١٨٧ — ديموج ٣ فقرة ٢٦٤ — ساڤاتييه فى تعليقه فى داللوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩) . وبهذا الرأى أخذ القضاء المختلط فى بعض أحكامه (استئناف مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠ — ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٤ — ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٩ — ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٠) .

والتمييز بين الخطأ العادى والخطأ المهنى فى مزاولة المهنة . فوق أنه يدق فى بعض الحالات . لا مبرر له . وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال الفنيين فى حاجة إلى الطمأنينة والثقة . فإن المريض أو غيره من العملاء فى حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية. والواجب اعتبار الرجل الفنى مسئولا عن خطأه المهنى مسئوليته عن خطأه العادى . فيسأل فى هذا وذاك حتى عن الخطأ اليسير . وبهذا أخذ القضاء فى فرنسا وفى مصر (نقض فرنسى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ — ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ٢ — ٧٢١ — استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٣٥ ش ٨٤ — ٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ — استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٢٠ — ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣) . وانظر وديع فرج فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية فى مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٨١ وما بعدها — سليمان مرقس فى مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى فى مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٥٥ وما بعدها .

والذى أدخل اللبس فى شأن الخطأ الفنى أن المعيار الذى يقاس به هو معيار شخص من أوساط رجال الفن ، ومثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطىء فيما استقرت عليه أصول فنه . ومن ثم يبدو أن الخروج على هذه الأصول المستقرة خطأ لا يغتفر ، ويكاد يلامس الخطأ الجسيم . فاختلط به .

النية بل يكفي أن يكون أرعن أو متسرعا في الرعونة والتسرع انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد .

والاعتداء على الشرف والسمعة يقع بطرق مختلفة : عن طريق النشر في الصحف بالسب والقذف[1] . ولكن يراعى عدم التشدد في اعتبار ما ينشر في الصحف سباً أو قذفاً في بعض الظروف التي تقتضي الإطلاق من حرية الصحافة من أجل المصلحة العامة . كظروف الحرب[2] وظروف الانتخابات[3] وفي الحملات الصحفية التي تقوم بغرض التطهير من فساد منتشر[4] وفي النقد العلمي والفني البريء[5] . وقد يقع الاعتداء عن طريق البلاغ الكاذب . وليس سوء النية هنا شرطا في المسئولية التقصيرية كما هو شرط في المسئولية الجنائية . فقد يكون صاحب البلاغ الكاذب مسئولا مدنيا لأنه كان أرعن متسرعا ولو أنه لم يكن سيئ النية[6] . كما قد يكون صاحب البلاغ الكاذب غير مسئول لاجنائيا ولامدنيا لأنه لم يكن سيئ النية ولم يرتكب رعونة أو تسرعا[7] . ويكفي لنفي التسرع والرعونة أن يتجمع لدى المبلغ من الدلائل ما يلقي في روعه صحة ما يبلغ عنه ولو لم يكن صحيحا في الواقع ، ويتخذ في ذلك معيار الخطأ الموضوعي فيجب أن يكون من شأن هذه الدلائل أن تلقي ذلك في روع الشخص المعتاد المجرد من الظروف الداخلية التي تحيط بالمبلغ . وقد يقع الاعتداء عن طريق دفاع في قضية يتهم فيها الخصم خصمه أو يتهم الشهود أو الخبراء تهما غير صحيحة تنطوي على الرعونة والتسرع ،

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٩٨ – ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٤ .

(٤) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٣٧ .

(٥) استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٥١ .

(٦) دائرة النقض بمحكمة الاستئناف ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤ ص ٨١ – استئناف وطني ١٩ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤٤١ ص ٢٨٢ – استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٥ .

(٧) استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٦ .

حتى او لم يكن الخصم سيئ النية فى هذا الاتهام(١) . وقد يقع الاعتداء عن طريق إذاعة أخبار غير صحيحة أو إشاعات كاذبة تمس سمعة شخص ، دون أن يصطنع المذيع الحيطة الواجبة للتثبت من هذه الأخبار والإشاعات قبل إذاعتها(٢) . وقد يقع الاعتداء عن طريق إعطاء معلومات كاذبة ، بسوء نية أو عن رعونة(٣) .

٣٤٧ — فسخ الخطبة والاغواء : يمكن تلخيص ما استقر عليه القضاء فى شأن فسخ الخطبة فيما يأتى : (١) الخطبة ليست بعقد ملزم . (٢) فمجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض . (٣) لكن إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين ، جاز الحكم بتعويض على أساس المسئولية التقصيرية(٤) .

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢١ — ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٧ .

(٢) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٩ (وقد سبقت الإشارة إليه) . ولكن المصلحة التى تذكر أسباب فصل موظف من موظفيها بناء على طلب قدم لها فى هذا الشأن لا تكون مسئولة (استئناف وطنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٤١٢ ص ٥٣٨ — استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٨٦) . ولا يكون مسئولا بوجه عام من أعطى معلومات عن الغير بحسن نية وبطريقة سرية وبناء على طلب معين (استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٤) .

(٤) وقد قررت محكمة النقض هذه المبادئ فى حكم لها جاء فيه ما يأتى : « إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج ، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء ، خصوصاً أنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كمال الحرية فى مباشرته لما للزواج من خطر فى شؤون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض . ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول ، قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً ماديا أو أدبياً بأحد المتواعدين ، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها فى حد ذاتها — بغض النظر عن العدول المجرد — أفعال ضارة موجبة للتعويض » (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤ ص ٣٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالتعويض عن فسخ الخطبة على ما ورد فيه من أن الطاعن أقدم على فسخ الخطبة لغير ما سبب سوى طمعه فى مال والد خطيبته لرفضه أن يخص ابنته بنصيب فى ماله حال حياته ، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولا طائشا ليس له مسوغ يقتضيه وترتبت =

أما الإغواء (séduction) فلا يكون سبباً فى التعويض إلا إذا اصطحب بالخديعة والغش أو اقترن بضغط أدبى[١] . فإذا كانت ضحية الإغواء فى سن تسمح بتدبر العواقب . كان هذا سبباً فى تخفيف التعويض[٢] . وإذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان ، ورضيت المرأة أن تكون خليلة على علم من أقاربها ، فلا تعويض[٣] . وقد يكون الإغواء سبباً للتعويض حتى لو كان الشاب قاصراً . فإن المسئولية هنا تقصيرية لا عقدية والقاصر تجوز مساءلته تقصيرياً[٤] .

٣٤٨ — حالات أخرى فى الخطأ التقصيرى : وهناك غير ما تقدم حالات أخرى فى الخطأ التقصيرى . منها الأعمال التى تترتب عليها مسئولية شركات المياه والغاز والنور[٥] . ومنها المنافسة التجارية غير المشروعة ، وتقع عادة بتقليد العلامات التجارية أو اتخاذ اسم تجارى مقارب للاسم التجارى

= عليه الحكم بالتعويض ، وكان سبب العدول على هذا النحو لاصقاً بالعدول ذاته ومجرداً عن أى فعل خاطئ مستقل عنه ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى القانون إذ قضى للمطعون عليها بالتعويض (نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٥٥ ص ٣٥٩) — وقضت كذلك بأن استطالة أمد الخطبة فى الزواج والإحجام عن إتمامه ثم العدول عن الخطبة ، كل ذلك أمور لا تفيد سوى العدول عن إتمام الخطبة ولا تعد أفعالا مستقلة بذاتها عن هذا العدول . ومجرد العدول عن الخطبة — على ما جرى به قضاء محكمة النقض — لا يعد سببا موجبا للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة . إلا إذا اقترن هذا العدول بأعمال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين (نقض مدنى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٦٠ ص ١٠٣٩) — انظر أيضا محكمة بنها الكلية ١٦ مارس سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ١٩٥ ص ٤١٥ .

(١) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٢٣٩ ص ٧٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٣٨ .

(٣) استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦٨ — ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٨ — ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ . فإذا وعد الخليل خليلته بعد هجرها بالتعويض كان هذا قياما بالتزام طبيعى ، بخلاف ما إذا كان هذا الوعد سابقا على المعاشرة وقد قصد منه الإغواء فيكون باطلا لعدم مشروعية السبب ، وقد تقدم ذكر ذلك .

(٤) الإسكندرية المختلطة ٦ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ١٢٦ — القاهرة المختلطة ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ رقم ١٧٣ ص ٦٧ .

(٥) نقض مدنى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٢٢ ص ٨٥٧ — استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٥٤ — ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥ .

المزاحم[١] . ومنها الإجراءات القضائية الكيدية[٢] . كالدعاوى والدفوع الكيدية [٣] ، ودعاوى الإفلاس الكيدية[٤] . والتنفيذ الكيدى[٥] . ومنها المضار الفاحشة للجوار[٦] .

---

(١) وقد تقع المنافسة غير المشروعة بإغراء عمال المتجر المزاحم على ترك متجرهم إلى المتجر الآخر (نقض مدنى ٢٥ نوفبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٧٧ص٥٠٥) . وتقع كذلك بنشر إشاعات كاذبة عن المتجر المزاحم ، وبالتشهير بعيوب هذا المتجر . وتقع بوجود تشابه بين اسمين تجاريين من شأنه أن يوجد لبساً لدى جمهور المستهلكين فى تحديد مصدر منتجات كل من الطرفين (نقض مدنى ١٢ نوفبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٩٨ ص ٦٥١) .

(٢) كالاستئناف الكيدى (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٥) ، والتماس إعادة النظر الكيدى (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣) ، ومعارضة الشخص الثالث الكيدية (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٠٤م ١٦ ص ١٦٢) . وقضت محكمة النقض بأن إنكار الدعوى إن كان فى الأصل حقاً لكل مدعى عليه ، إلا أن هذا الحق ينقلب مخبثة إذا ابتغى المدعى عليه مضارة خصمه وتمادى فى الإنكار أو غلا فيه أو تحيل به (نقض مدنى ٩ نوفبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ص ٩٣) ، وانظر أيضاً نقض مدنى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٧ ص ٥٧٤ . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن إنكار الأخت لأخيها يعد دفاعاً كيدياً يستوجب التعويض (استئناف وطنى ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٩٢) . انظر أيضاً : نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ١ رقم٧٧ ص ٥٥ — ١٤ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠١ ص ٧٢٣ .

(٣) نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٣ ص ٩١٦ — استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة١٩٣٠م ٤٢ ص ٢٩٢—٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠م ٤٢ ص ٣٢٥ .

(٤) استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٤٢ .

(٥) ويعد تنفيذاً كيدياً أن ينفذ الدائن على أموال مدينه بما يزيد كثيراً على الدين (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٩) ، أو بمبالغ أكثر من المبالغ المستحقة (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٧) ، والحجز الكيدى (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٢٣) . والحراسة الكيدية (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٧) .

(٦) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٦ (إقامة مصانع وآلات فى أحياء السكن) — ٢٣ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٣ ص ٧٢ (نجم عن إقامة بناء ضرر للعقار المجاور) — استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١ (أقامت الحكومة محطة مجار على قطعة من أملاكها أقلقت إدارتها راحة السكان فى حى مخصص للسكنى — ولكن لامسئولية إذا بنيت منازل بجانب مصانع موجودة قبل بناء المنازل : استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٤١ ص ٨٩) .

=

§ ٢ – التعسف فى استعمال الحق(*)

(Abus du droit)

٣٤٩ – مسائل ثلاث : نتابع نظرية التعسف فى استعمال الحق : (أ) فى تطورها التاريخى . (ب) ثم نبحث على أى أساس تقوم النظرية . وبأى معيار تأخذ . (جـ) ثم نستعرض بعض تطبيقاتها العملية .

(ا) التطور التاريخى لنظرية التعسف فى استعمال الحق

٣٥٠ – النظرية فى القوانين القديمة : عرف القانون الرومانى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فى تطبيقات لها مختلفة[١] . وانتقلت النظرية إلى القانون الفرنسى القديم ، بعد إحياء دراسات القانون الرومانى فى العصور الوسطى . ولم يكن الفقه الإسلامى بأقل توسعا من القانون الرومانى فى الأخذ بنظرية التعسف فى استعمال الحق[٢] .

= وانظر فى تطبيقات مختلفة للخطأ التقصيرى : ما قضت به محكمة النقض بألا تسأل الحكومة إن هى قامت بتنفيذ مشروع من المشروعات العامة مثل تحويل ترعة إلى مصرف إلا فى نطاق المسئولية التقصيرية . فلا تسأل عما يكون قد لحق الأفراد من ضرر بسبب هذا المشروع إلا إذا ثبت أنها ارتكبت خطأ معينا يكون سببا لمساءلتها (نقض مدنى ١٨ نوفبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦ ص ١٢٧) . وأنظر فى الطلاق الكيدى نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٢٤ ص ١٨٩ . – وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٦ ص ٣١٠ – ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٢٢ ص ٨٥٧ – حسين عامر فى المسئولية المدنية ص ٢٧١ – ص ٢٨١ .

(*) مراجع : سالى فى مجلة الدراسات التشريعية سنة ١٩٠٥ ص ٣٢٥ – جوسران فى التعسف فى استعمال الحقوق سنة ١٩٠٥ – وفى روح الحقوق ونسبيتها سنة ١٩٢٧ – بلانيول فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ١٥٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨٠ – كامپيون (Campion) فى نظرية التعسف فى استعمال الحقوق بروكسل سنة ١٩٢٥ – بنكاز ملحق بودرى ٣ فقرة ١٨٧ ومابعدها – ريپير فى القاعدة الأدبية فى الالتزامات فقرة ٨٩ ومابعدها . والنظام الديمقراطى فقرة ١١٧ ومابعدها – ديموج فى الالتزامات ٦ فقرة ٦٣٤ وما بعدها – پلانيول وريپير وإسمان ٦ فقرة ٥٧٣ وما بعدها .

الرسائل : بوسك (Bosc) مونپلييه سنة ١٩٠١ – كوربسكو (Corbesco) باريس سنة ١٩٠٣ – سافاتييه پواتييه سنة ١٩١٦ – ماركوفتش (Markovitch) ليون سنة ١٩٣٦ – أحمد فتحى فى نظرية التعسف فى استعمال الحقوق فى الفقه الإسلامى ليون سنة ١٩١٣ .

(١) أبلتون (Appleton) فى المجلة الدولية للتعليم سنة ١٩٢٤ ص ١٥١ .

(٢) انظر رسالة أحمد فتحى فى نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى – رسالة =

٣٥١ — الثورة الفرنسية والتقنين المدنى الفرنسى : ولما كان عهد الثورة الفرنسية والتقنين المدنى الفرنسى عهداً مشبعاً بروح الفردية ، ينادى بحقوق الإنسان ويجعل منها حقوقاً مطلقة مقدسة . فلم تكن هناك حدود جدية تقيد من حرية الإنسان فى استعمال حقه مادام لايجاوز الحدود المادية للحق ، لذلك انتكصت نظرية التعسف فى استعمال الحق فى ذلك العهد . وفيما تلاه من العهود طوال القرن التاسع عشر.

٣٥٢ — انتعاش النظرية فى العصر الحاضر : وقد كان للقضاء ثم للفقه فى فرنسا الفضل فى إحياء النظرية ، حتى استقرت فى الوقت الحاضر وأصبحت من أمهات النظريات القانونية .

بدأ القضاء الفرنسى ، منذ النصف الأخير من القرن التاسع عشر ، يقرر المبدأ فى كثير من الصراحة والوضوح[١] . ثم أعقبه الفقه فى أواخر القرن التاسع عشر . فكتب بعض الفقهاء فى ذلك[٢] . ولكن الفقيهين اللذين قادا الفقه فى هذا الميدان فى مستهل القرن العشرين . هما سالى وجوسران . ثم انفرد جوسران بعد ذلك يضع مؤلفاته المعروفة فى هذه النظرية يجمع فيها أحكام القضاء منسقة . ثم يستخلص من هذه الأحكام أصول نظرية عامة فى

= السعيد مصطفى السعيد فى مدى استعمال حقوق الزوجية — حسين عامر فى نظرية سوء استعمال الحقوق فقرة ٢٩ — فقرة ٧٨ .

(١) فتقول محكمة النقض الفرنسية فى سنة ١٨٧١ : « حيث يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ . والقانون لا يعتبر الشخص مخطئاً إذا هو عمل ما من حقه أن يعمله ، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذى الغير دون أن تكون له مصلحة فى ذلك » (تعليق **Ferron** فى سيريه ١٩٠٥ — ٢ — ١٩) . وقبل ذلك تقول محكمة استئناف كولمار وقد أدانت مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة غرضه الوحيد من إقامتها أن يحجب النور عن جاره : « ومن حيث إن المبادئ العامة تقضى بأن حق الملكية هو على وجه ما حق مطلق ، يبيح للمالك أن ينتفع بالشيء وأن يستعمله وفقاً لهواه ، ولكن استعمال هذا الحق كاستعمال أى حق آخر يجب أن يكون حده هو استيفاء مصلحة جدية مشروعة ، وأن مبادئ الأخلاق والعدالة لتتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة وقد وقعت تحت سلطان شهوة خبيثة ، دعوى لا يبررها أية منفعة شخصية وهى تلحق بالغير أذى جسيماً » (كولمار ٢ مايو سنة ١٨٥٥ داللوز ١٨٥٦ — ٢ — ٩) .

(٢) **Sainctelette** فى المسئولية والضمان — **Sauzet** فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٣ ص ٦١٦ وما بعدها .

التعسف فى استعمال الحق فى الفقـــه المدنى(١) ، على غرار نظرية سبقتها فى القانون الإدارى هى نظرية التعسف فى استعمال السلطة (détournement du pouvoir)(٢) .

ومنذ صاغ الفقه نظرية التعسف فى استعمال الحق ونسق ما بين أجزائها ، أنار السبيل للقضاء فصار يمشى على هدى ، وكثرت الأحكام والتطبيقات القضائية لهذه النظرية الخطرة . وهكذا أثر القضاء فى الفقه ، ثم تأثر به . وما لبث المشرع الفرنسى أن سار هو أيضاً فى هذا السبيل ، فسجل النظرية فى كثير من تشريعاته المتفرقة .

وانتقلت النظرية من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الفقه والقضاء المصريين ،

---

(١) وضع چوسران فى سنة ١٩٠٥ كتاباً أسماه « التعسف فى استعمال الحق » (De l'abus des droits) . ثم وضع فى سنة ١٩٢٧ كتاباً آخر أسماه « روح الحقوق ونسبيتها » (De l'esprit des droits et de leur relativité) ، كان أشمل المؤلفات فى هذه المسألة وأكثرها وضوحاً .

ولم تسلم النظرية من خصوم ، وأظهر من ناصبها العداء پلانيول . وهو يذهب إلى أن التعسف فى استعمال الحق إنما هو خروج عن الحق ، ويقول فى ذلك : « ينتهى الحق حيث يبدأ التعسف ، ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف فى استعمال حق ما ، لسبب غير قابل لأن يدحض ، هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون فى وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له » (پلانيول ٢ فقرة ٨٤١) — وظاهر أن هذا النقد شكلى ، إذ يكفى لرده أن نقول إن هناك نوعين من الخروج عن الحق : خروجاً صريحاً عن حدود الحق . وخروجاً عن الحق بالتعسف فى استعماله . ولا يعترض پلانيول على امتداد المسئولية إلى هذا النوع الثانى ، وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تعسفاً فى استعمال الحق ولا يسمى خروجاً عن الحق . لأن التعسف فى رأيه هو خروج عن حدود الحق . فالفرق إذن هو فى التسمية لا فى الحكم . أما أن العمل الواحد لا يصح أن يكون فى وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له ، فهذا لا شك فيه . ولكن يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق ويكون فى الوقت ذاته مخالفاً للقانون .

(٢) وقد كان القانون الإدارى طليعة للقانون المدنى فى نظريات ثلاث من النظريات الرئيسية : نظرية التعسف فى استعمال الحق ، ونظرية الحوادث الطارئة ، ونظرية تحمل التبعة .

هذا ويمكن مد نظرية التعسف فى استعمال السلطة الإدارية من نطاق القانون الإدارى إلى نطاق القانون الدستورى كما أمكن مدها إلى نطاق القانون المدنى ، فيوجد التعسف فى استعمال السلطة التشريعية ، كما وجد التعسف فى استعمال السلطة الإدارية والتعسف فى استعمال الحقوق المدنية . انظر مقالا للمؤلف فى التعسف فى استعمال السلطة التشريعية فى مجلة مجلس الدولة السنة الثانية يناير سنة ١٩٥٢ .

ثم عنى بها التقنين المدنى المصرى الجديد فأحلها مكانا بارزاً بين نصوصه ، وجعلها نظرية عامة مكانها الباب التمهيدى لا المسئولية التقصيرية[١] .

(ب) الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق والمعيار الذى تأخذ به

٣٥٣ — الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق : إذا كان التقنين المدنى قد آثر أن يضع النصوص المتعلقة بهذه النظرية فى الباب التمهيدى لتكون مبدأ من المبادئ الجوهرية التى تسود جميع نواحى القانون . فإنه لم يرد بذلك أن يقيم المبدأ على غير أساسه القانونى . فالتعسف فى استعمال الحق ليس إلا صورة من صورتى الخطأ التقصيرى على النحو الذى قدمناه . فيدخل بهذا الاعتبار فى نطاق المسئولية التقصيرية .

فالأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسئولية التقصيرية[٢] . إذ التعسف فى استعمال الحق خطأ يوجب التعويض . والتعويض هنا . كالتعويض عن الخطأ فى صورته الأخرى وهى صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة . يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عينا . ويبقى التعسف داخلا فى نطاق المسئولية التقصيرية حتى لو كان تعسفاً متصلا بالتعاقد ، فالمؤجر الذى يتمسك بالشرط المانع من الإيجار من الباطن تعسفاً منه تتحقق مسئوليته التقصيرية . ويكون مسئولا مسئولية تقصيرية

---

(١) وقد فعل هذا على غرار كثير من التقنينات الحديثة : التقنين المدنى السويسرى (م ٢) — التقنين المدنى الألمانى (م ٢٢٦) — تقنين الالتزامات البولونى (م ١٣٥) — التقنين المدنى النمساوى (م ١٢٩٥/٢) — التقنين المدنى السوفييتى (م ١) — انظر فى التشريعات الأجنبية فى التعسف فى استعمال الحق حسين عامر فى نظرية سوء استعمال الحقوق فقرة ٢٧٧ — فقرة ٢٩٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن نظرية إساءة استعمال الحق مردها إلى قواعد المسئولية فى القانون المدنى ، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليها فى المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (القديمة) (نقض مدنى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٤ ص ٢٥٩) . انظر فى أن تأسيس نظرية التعسف على المسئولية التقصيرية هو تصور ضيق وأن النظرية ينبغى أن تقوم على فكرة نسبية الحقوق وهذا هو التصور الواسع للتعسف : فاضل حبشى فى الامتداد القانونى لعقود الإيجار سنة ١٩٦٢ ص ٢٠٣ — ص ٢٠٥ .

كذلك من تعسف فى إنهاء عقد له الحق فى إنهائه كعقد العمل وعقد الشركة وعقد الوكالة .

٣٥٤ — معيار نظرية التعسف فى استعمال الحق : فالمعيار فى نظرية التعسف فى استعمال الحق هو نفس معيار الخطأ التقصيرى . ففى استعمال الحقوق كما فى إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . فإذا هو انحرف ، حتى لو لم يخرج عن حدود الحق ، عد انحرافه خطأ يحقق مسئوليته .

غير أن الانحراف هنا لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور التى عددتها المادة ٥ من التقنين المدنى ، إذ تقول : « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية : (ا) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة »[1].

فأول صورة هى قصد الإضرار بالغير : والمعيار هنا ، على الرغم من ذاتيته ، يمكن أن يندرج فى المعيار الموضوعى العام للخطأ . ذلك أنه لا يكفى أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير ، بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره ، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحاناً كبيراً على الضرر الذى يلحقه بالغير . فقصد الإضرار بالغير فى هذه الحالة لا يعتبر تعسفاً ، إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلى الذى غلب عند صاحب الحق ، اعتبر هذا تعسفاً ، ولو كان القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوى ، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق . ويكون تعسفاً ، من باب أولى ، قصد إحداث الضرر

---

(١) وقد سبق نص المادة ٥ مدنى نص يقرر عدم مسئولية من استعمل حقه استعمالا مشروعاً ، فنصت المادة ٤ مدنى على أنه « من استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر » .

وتقابل المادتان ٤ — ٥ مدنى فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٥ — ٦ (مطابق) — الليبى م ٤ — ٥ (مطابق) — العراقى م ٦ — ٧ (مطابق) — اللبنانى م ١٢٤ (مقارب) .

غير المقترن بنية جلب المنفعة حتى لو تحققت هذه المنفعة عن طريق عرضى. فلو أن شخصاً غرس أشجاراً فى أرضه يقصد حجب النور عن جاره . فإن هذا الشخص يكون متعسفاً فى استعمال حق الملكية حتى لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على أرضه بالنفع[١] .

والصورة الثانية هى رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيراً : والمعيار هنا موضوعى . وهو محض تطبيق للمعيار الموضوعى فى الخطأ ، معيار السلوك المألوف للشخص المعتاد . فليس من المألوف أن الشخص المعتاد يستعمل حقاً على وجه يضر بالغير ضرراً بليغاً . ولايكون له فى ذلك إلامصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر . ومن يفعل . فهو إما عابث مستهتر . أو منطو على نية خفية يضمر الإضرار بالغير تحت ستار مصلحة غير جدية . وفى الحالين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . وارتكب خطأ يوجب مسئوليته[٢] .

والصورة الأخيرة هى عدم مشروعية المصالح التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها : والمعيار هنا هو أيضاً موضوعى . وإن كان طريق الوصول إليه عاملا ذاتيا هو نية صاحب الحق . وهو على كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ . فليس من السلوك المألوف للشخص المعتاد أن يسعى الشخص تحت ستار أنه يستعمل حقاً له إلى تحقيق مصالح غير مشروعة . فرب العمل الذى يستعمل حقه فى فصل عامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال . والإدارة

---

(١) ويجب أن يثبت المضرور أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد إلى إلحاق الضرر به . ويثبت هذا القصد بجميع طرق الإثبات ، ومنها القرائن . مثل ذلك أن يتبين أن صاحب الحق لم تكن له أية مصلحة فى استعمال حقه على الوجه الذى أضر فيه بالغير . فانعدام المصلحة قرينة على قصد إحداث الضرر ، ولكن هذه القرينة القضائية قابلة لإثبات العكس .

(٢) وقد طبق المشرع هذا المعيار فى المادة ٢/٨١٨ مدنى ، وهى تنص على ما يأتى : « ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى . إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » . وانظر أيضاً المادتين ٨٢٦ و ١٠٢٩ مدنى .

قارن مع ذلك فاضل حبشى فى الامتداد القانونى لعقود الإيجار سنة ١٩٦٢ . وهو يؤسس معايير التعسف على معيار المصلحة لا على معيار السلوك المألوف للشخص المعتاد فى المسئولية التقصيرية (ص ٢٠٩ هامش ١ و ٢) ، وهو فى ذلك منطق مع نفسه إذ يقيم نظرية التعسف لا على المسئولية التقصيرية بل على فكرة نسبية الحقوق كما سبق القول (انظر آنفاً فقرة ٣٥٣ فى الهامش) .

التى تفصل موظفاً إرضاء لغرض شخصى أو لشهوة حزبية[1] . والمالك الذى يضع أسلاكا شائكة فى حدود ملكه حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها فى أرض مجاورة أن تشترى منه أرضه بثمن مرتفع ، ومؤجر العقار الذى يمتنع عن الترخيص فى الإيجار من الباطن لمشترى المصنع الذى أقيم على العقار بعد أن اقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع وذلك لا توقيا لضرر بل سعيا وراء كسب غير مشروع يجنبه من المشترى (م ٢/٥٩٤ مدنى) — كل هؤلاء يتعسفون فى استعمال حقوقهم ، لأنهم يرمون من وراء استعمالها إلى تحقيق مصالح غير مشروعة[2] .

(ح) تطبيقات مختلفة لنظرية التعسف فى استعمال الحق

٣٥٥ — تطبيقات قضائية : عنى القضاء المصرى ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بهذه التطبيقات . فتجتزئ بالإشارة إلى بعض منها :

من ذلك التعسف فى استعمال حق الملكية . إذا استعمل المالك حقه بنية الإضرار بالغير . ويؤخذ قرينة على نية الإضرار ألا يكون للمالك نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذى اختاره ، مع علمه بالضرر الذى يلحق الغير . فيعتبر متعسفاً المالك الذى يقيم حائطا فى حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء عن جاره ، دون نفع ظاهر له[3] . أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن

---

(١) نقض مدنى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٧٩ ص ١٣٣٥ .

(٢) ويلاحظ أن المعايير الثلاثة للتعسف فى استعمال الحق — نية الإضرار ورجحان الضرر والمصلحة غير المشروعة — لها نظائر . فنية الإضرار تقابل الخطأ العمدى ، ورجحان الضرر يقابل الخطأ الجسيم ، ومن ثم فالعمد والخطأ الجسيم متطابقان فى صورتى الخطأ . أما الخطأ غير الجسيم ، ففى الخروج عن حدود الحق أو الرخصة رأيناه أى انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ، وفى التعسف فى استعمال الحق لا يكون الانحراف إلا فى حالة واحدة هى أن يرمى صاحب الحق فى استعماله لحقه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . ومن ثم يكون الخطأ غير الجسيم فى التعسف أضيق منه فى الخروج عن الحق أو الرخصة . ويرجع السبب فى ذلك إلى نصوص القانون التى ضيقت من حدود التعسف ، وقد يبرر ذلك أن صورة الخطأ فى التعسف صورة مستحدثة فيحسن عدم التوسع فيها .

(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ .

يظل الجار على داره أو على حديقته . فلا تعسف ولا تعويض(١) . وإذا استعمل المالك حقه دون حيطة . فانحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص المعتاد وأضر بالجار ضرراً بليغا . كان مسئولا . مثل ذلك من يبنى فى أرضه . فيخالف قواعد فن البناء تقصيراً وإهمالا فيضر بجاره(٢) . ومثل ذلك أيضاً من يقيم فى ملكه مدخنة تؤذى الجار . وكان يمكنه تجنيب جاره هذا الأذى لو أقام المدخنة فى مكان آخر(٣) .

ومن ذلك التعسف فى استعمال الحق فى إنهاء العقد . فرب العمل الذى يفصل عاملا مدفوعا فى ذلك بعامل الانتقام يكون متعسفاً . وتتحقق مسئوليته التقصيرية(٤) .

ومن ذلك أخيراً التعسف فى استعمال سلطة الوظيفة . وهو ما يعرف فى القانون الإدارى بالتعسف فى استعمال السلطة . فإذا انحرف الموظف فى أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه . وصدر تصرفه بقصد الإضرار لأغراض نابية عن المصلحة العامة . كان متعسفاً فى استعمال السلطة وتحققت مسئوليته(٥) .

---

(١) استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ – ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٦ ص ٨ .

(٤) استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ – وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣م ١٦ ص ٤٥ – ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٣ – ٢٥ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩١ – ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢ – ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٧ – وانظر فى تعسف الحكومة فى فصل موظف : نقض مدنى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٧٩ ص ١٣٣٥ – (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٥) نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٣ ص ٣ – وانظر أيضاً فى تطبيقات قضائية لنظرية التعسف فى استعمال الحق : استئناف مصر ٢٢ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٢ ص ٤٤٣ – استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٣٣ ص ٦٩٨ – ١٧ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٥ .

هذا وجزاء التعسف فى استعمال الحق يغلب أن يكون تعويضاً نقديا . وقد يكون تعويضاً عينياً ، إما بإزالة الضرر بعد أن وقع (هدم الحائط الذى يحجب النور مثلا) ، أو بمنع الضرر قبل أن يقع (كما إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ، وتعسف الدائن مطالبا بهذا التنفيذ ، فإنه يمنع من ذلك ، ويفرض عليه أن يقتصر على تعويض نقدى : م٢٠٣/٢ مدنى) .

٣٥٦ — تطبيقات تشريعية : وقد أورد التقنين المدنى تطبيقات تشريعية كثيرة للنظرية . نذكر منها ما يأتى :

نصت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ مدنى على أنه : « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر . على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها » . وهنا جزاء التعسف منع الضرر من أن يقع .

ونصت المادة ٦٩٥ مدنى فى عقد العمل على ما يأتى : « وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر ، إلى جانب التعويض الذى يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار . الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً » . وجزاء التعسف هنا تعويض نقدى .

ونصت المادة ٦٩٦ مدنى فى عقد العمل على ما يأتى : « ١ — يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل . إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته . وعلى الأخص بمعاملته الجائرة أو مخالفته شروط العقد ، إلى أن يكون هو فى الظاهر الذى أنهى العقد . ٢ — ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله لغير ما ذنب جناه . لايعد عملا تعسفياً بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل ، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل » . وجزاء التعسف هنا أيضاً تعويض نقدى .

ونصت المادة ٨١٨/٢ مدنى على ما يأتى : « ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى . إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » . ويجوز أن يكون جزاء التعسف هنا هو إزالة الضرر بعد أن وقع . فيقام الحائط الذى هدمه مالكه تعسفا من جديد .

ونصت المادة ١٠٢٩ مدنى على ما يأتى : « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لاتتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . والتعسف هنا هو أن يطالب مالك العقار المرتفق ببقاء حق

الارتفاق بعد أن زالت منفعته ، والجزاء هو إزالة الضرر عينا بإنهاء حق الارتفاق[١] .

المبحث الثانى

الضرر

(La préjudice)

٣٥٧ — الضرر المادى والضرر الأدبى : قد يكون الضرر ماديا (matériel) يصيب المضرور فى جسمه أو فى ماله . وقد يكون أدبيا (moral) يصيب المضرور فى شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أى معنى آخر من المعانى التى يحرص الناس عليها .

المطلب الأول

الضرر المادى

٣٥٨ — شرطاه : الضرر المادى هو إخلال محقق بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية . فيجب إذن توافر شرطين فى الضرر المادى : (١) أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور (٢) وأن يكون هذا الإخلال محققاً .

٣٥٩ — الإخلال بمصلحة مالية للمضرور : قد تكون المصلحة التى أخل بها حقاً للمضرور ، أو مجرد مصلحة مالية له .

مثل الحق حق المضرور فى سلامته . فالتعدى على الحياة أو إتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأى أذى آخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبد نفقة فى العلاج . كل هذا ضرر مادى .

---

(١) انظر فى تطبيقات تشريعية أخرى : م ١٢٤ مدنى (التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية) — م ٥١٦/١ مدنى (عزل الشريك من الإدارة دون مسوغ) — م ١٠٢٣ مدنى (زيادة عبء الارتفاق) — م ١٠٢٤ — ١٠٢٥ مدنى (تجزئة العقار المرتفق والعقار المرتفق به) — م ١٠٩٤ مدنى (إنقاص حق الاختصاص إلى الحد المناسب) — م ١١٠٦ (إدارة المرهون رهن حيازة إدارة سيئة) .

ومثل الحق أيضاً حق الملك . فالتعدى على الملك إخلال بحق ويعتبر ضرراً . فإذا أحرق شخص منزلا لآخر أو قلع زراعته أو أتلف له مالا ، كان هذا ضرراً ماديا أصاب المضرور(١) .

ومثل المصلحة المالية أن يصاب عامل فيستحق معاشا عند رب العمل ، فيكون المسئول عن إصابة العامل قد أصاب رب العمل فى مصلحة مالية إذ جعله مسئولا عن معاش العامل(٢) . والمصلحة المالية التى يعد الإخلال بها

---

(١) وقد يصيب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر ، فالقتل ضرر يصيب المقتول فى حياته ، وعن طريق هذا الضرر يصاب بضرر أولاد المقتول بحرمانهم من العائل والإخلال بحقهم فى النفقة قبل أبيهم . ويكفى أن يكون من فقد العائل له حق فى النفقة ولو لم يكن يعال بالفعل ، ذلك أن فقد العائل قد أضاع عليه حقاً ثابتاً هو حقه فى النفقة . أما إذا كان ليس له حق فى النفقة ولكن كان يعال فعلا ، فنرى أن الضرر الذى ينزل به فى هذه الحالة يكون إخلالا بمصلحة مالية لا إخلالا بحق ثابت .

والقضاء مطرد فى جواز الحكم بتعويض عن الضرر المادى الذى يصيب من فقد العائل (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ – ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ – ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ – ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٢٣٢ ص ٢٩٣) . وهذا الحق ليس ميراثاً يتلقاه ، بل هو حق شخصى له . فلا يعطى بنسبة النصيب فى الإرث بل بمقدار الضرر الذى وقع (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨) ، ولا ينتقل حق التعويض إلى ورثة من فقد العائل حتى لو مات هذا بعد رفع الدعوى (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٦٥) . أما إذا ثبت أن أقارب المصاب مستقلون عنه وأنه لا يعولهم ، فلا حق لهم فى التعويض (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٢٢ : بنت متزوجة – ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ : شقيقة تزاول مهنة تعيش منها – ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ : بنت متزوجة وأولاد بلغوا سن الرشد موظفون فى الحكومة ويعيشون مع والدهم ولكنه لا ينفق عليهم بل هم الذين يساعدونه) .

(٢) ومثل آخر للمصلحة المالية أن يفقد الشخص عائله دون أن يكون له حق ثابت فى النفقة . وهذا بخلاف من له حق ثابت فى النفقة فإن الضرر يصيبه فى حق له لا فى مصلحة كما سبق القول . كذلك الضرر الذى يصيب الخطيبة من فقد خطيبها يقاس بمقدار ما كلفتها الخطبة من نفقات وبمقدار ما ضاع عليها من فرصة فى إتمام الزواج ، وهذا أمر يترك لتقدير القاضى . وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة لوفاة آخر هو أن يثبت أن المجنى عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته وعلى نحو مستمر دائم ، وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة ، فيقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ، ويقضى له بتعويض على هذا الأساس . فمجرد احتمال وقوع ضرر فى المستقبل لا يكفى للحكم بالتعويض (نقض جنائى ١٣ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٧ رقم ٩٩ ص ٣٣٠) .

ضرراً هى المصلحة المشروعة . فالخليلة لايجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها لأن العلاقة فيما بينهما كانت غير مشروعة .

٣٦٠ — تحقق الضرر : ويجب أن يكون الإخلال محققاً ، فيكون الضرر محقق الوقوع (١) . بأن يكون قد وقع فعلا ، أو سيقع حتما .

مثل الضرر الذى وقع فعلا — وهو الضرر الحال (préjudice actuel) — هو أن يموت المضرور أو يصاب بتلف فى جسمه أو فى ماله أو فى مصلحة مالية على النحو الذى قدمناه .

ومثل الضرر الذى سيقع حتما — وهو الضرر المستقبل (préjudice futur) — هو أن يصاب عامل فيعجز عن العمل ، فيعوض ليس فحسب عن الضرر الذى وقع فعلا من جراء عجزه عن العمل فى الحال ، بل وعن الضرر الذى سيقع حتما من جراء عجزه عن العمل فى المستقبل . فإذا كان هذا الضرر المستقبل يمكن تقديره فوراً ، قدره القاضى وحكم به كاملا . أما إذا كان لا يمكن تقديره ، فيجوز للقاضى بعد أن يقدر مايستطيع تقديره من الضرر وفقاً لما تبينه من الظروف أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير (٢) . فإذا كان الضرر محتملا (éventuel)

---

(١) نقض جنائى ١٦ يونيه سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٤١ ص ٧٤٦ — استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ — ٢٨ يناير سنة ١٩٢٩ م ٣٨ ص ٢٠٧ .

(٢) وقد جرى القضاء على هذا المبدأ ، فهو يسمح للمضرور أن يطلب تعويضاً موقتا ثم يستكمله بعد ذلك فى دعوى تالية (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٠ ص ٤١٥ — ٢ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٠ ص ٤٢٢ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٣ ص ١٤٩٥ — نقض جنائى ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٧ رقم ٤٩ ص ٩٨ — استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٠) . وقد يرجع عدم إمكان تقدير الضرر المستقبل إلى أمر لا يزال مجهولا ، كما إذا أصيب العامل فى ساقه وتوقف تقدير التعويض على ما إذا كانت الساق ستبتر أوستبقى ، فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا الفرضين ويحكم بما قدر ، ويتقاضى العامل التعويض وفقاً لأى من الفرضين يتحقق فى المستقبل . وقد يرجع عدم إمكان التقدير فى الحال إلى أن العامل سيبقى عاجزاً عن العمل عجزاً كلياً أو جزئياً طول حياته ولا يعلم أحد فى أى وقت يموت ، فيجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يجعل التعويض إيراداً مرتباً مدى الحياة . وقد أشير إلى هذه الفروض المختلفة فى المادة ١٧٠ مدنى إذ تقضى بأن « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعياً فى ذلك الظروف الملابسة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير » . وقضت الفقرة الأولى من المادة ١٧١ مدنى بأن « يعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف ، =

غير محقق الوقوع فى المستقبل . لم يكن التعويض عنه واجبا إلا إذا وقع فعلا[١] . مثل ذلك أن يحدث شخص بخطأه خللا فى منزل جاره . فالضرر المحقق هنا هو ما وقع من هذا الخلل ويلتزم المسئول بإصلاحه . ولكنه لا يلتزم بإعادة بناء المنزل إذا لم يكن من المحقق أن الخلل سيؤدى إلى انهدامه . ويتربص صاحب المنزل حتى إذا انهدم منزله فعلا بسبب هذا الخلل . رجع على المسئول بالتعويض عن ذلك .

ويجب التمييز بين الضرر المحتمل وهذا لا يعوض عنه كما مر . وبين تفويت الفرصة (perte d'une chance) ويعوض عنه . ذلك أن الفرصة إذا كانت أمراً محتملا . فإن تفويتها أمر محقق . فإذا أهمل محضر فى إعلان صحيفة الاستئناف إلى أن فات ميعاده . أو قصرت جهة عقدت مسابقة فى إخطار أحد المتسابقين عن ميعاد المسابقة ففاته التقدم إليها . فإنه إذا كان لا يمكن القول إن المستأنف كان يكسب الاستئناف حتما لو أنه رفع فى الميعاد . أو أن المتسابق كان يفوز حتما فى المسابقة لو أنه تقدم إليها . فلا يمكن القول من جهة أخرى أن الأول كان يخسر الاستئناف حتما . وأن الثانى كان لا يفوز حتما فى المسابقة . وكل ما يمكن قوله إن كلا منهما قد فوتت عليه فرصة الكسب أو الفوز . وعلى

= ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً . ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً » . هذا وقد قضت المادة ١٩ من مشروع تنقيح تقنين الإجراءات الجنائية بأنه «لا تجوز المطالبة أمام المحكمة الجنائية بتعويض مؤقت . وذلك مع عدم الإخلال بحق المدعى فى الالتجاء إلى المحكمة المدنية بشأن ما يزيد من أضرار بعد الحكم النهائى الصادر من المحكمة الجنائية » .

على أن الضرر المستقبل قد لا يكون متوقعاً وقت الحكم بالتعويض . ثم ينكشف بعد ذلك ، كان يكف بصر العامل الذى أصيب فى عينه أو تؤدى إصابته إلى وفاته . فهنا يجوز للمضرور أو لورثته أن يطالبوا فى دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر . أما إذا كان القاضى قدر قيمة الضرر وحكم بالتعويض ، ثم تكشفت الظروف بعد ذلك عن تناقص الضرر تناقصاً لم يكن متوقعاً ، كأن قضى لعامل بتعويض عن إصابة أدت إلى كف بصره ثم يتبين بعد ذلك أن العامل قد استرد شيئاً من قوة الإبصار ، فلا يجوز فى هذه الحالة أن يعاد النظر فى تقدير التعويض لإنقاصه لأن هذا التقدير قد حاز قوة الأمر المقضى .

(١) استئناف مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٢ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٧ – وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يعيب الحكم استبعاده من عناصر الضرر الحرمان من مكافآت . طالما أن نظره مبنى على أن الضرر المدعى به فى هذا الصدد احتمالى وليس محقق الوقوع (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١١٣ ص ٧٥٠) . وقضت محكمة النقض الجنائية بأن احتمال حصول الضرر لا يصلح أساسا لطلب التعويض ، بل يلزم تحققه (نقض جنائى ٥ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٦ رقم ١٨٩ ص ٥٨٢) .

القاضي أن ينظر إلى أى حد كان الاحتمال كبيراً فى ذلك فيقضى بتعويض يعدل هذا الاحتمال . وعليه أن يأخذ بالأحوط وأن يتوقى المبالغة فى تقدير الاحتمال فى نجاح الفرصة(١) .

المطلب الثانى

الضرر الأدبى(*)

٣٦١ — تحرير الضرر الأدبى وقابليته للتعويض : الضرر الأدبى هو الذى لا يمس المال . ولكن يصيب مصلحة غير مالية . ويجب أن يكون محققاً كالضرر المادى . ويمكن إرجاعه إلى أحوال معينة : (١) ضرر أدبى يصيب الجسم . فالجروح والتلف الذى يصيب الجسم والألم وماقد يعقب من تشويه فى الوجه أو فى الجسم . كل هذا يكون ضرراً ماديا وأدبيا إذا نتج عنه إنفاق المال فى العلاج أو نقص فى القدرة على الكسب المادى . ويكون ضرراً أدبيا فحسب إذا لم ينتج عنه ذلك . (٢) ضرر أدبى يصيب الشرف والاعتبار

---

(١) ومما جرى به القضاء المصرى التعويض عن تفويت فرصة النجاح فى الامتحان (مصر الكلية الوطنية ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٥٣ ص ٤٩) . والتعويض عن تفويت الفرصة فى كسب دعوى الشفعة (استئناف وطنى ١٧ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣٤ ص ٣٦٦) . والتعويض عن تفويت الموظف الفرصة فى الترقية إلى درجة أعلى . وقد قضت محكمة النقض فى هذه المسألة الأخيرة بأنه إذا كانت الوزارة هى التى أحالت الموظف إلى المعاش بدعوى بلوغه السن بناء على قرار باطل . فلا مناص من إدخال تفويت الترقية على الموظف ضمن عناصر الضرر (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٠ ص ٢٦٢ — ٢ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٦ ص ٣٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٤ ص ١٠١ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٠ ص ٢٧٥ — ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩ — ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٨ ص ٦٨٤) . وانظر نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٦ ص ٢٤١ (التفويت على ممثل سينمائى فرصة ظهوره فى الأفلام المتعاقد عليها) .

(*) مراجع : ريبير فى القاعدة الأدبية فقرة ١٨١ وما بعدها — دورڤيل (**Dorville**) رسالة من باريس سنة ١٩٠١ — أشار (**Achard**) رسالة من چنيف سنة ١٩٠٨ — جاند (**Gand**) رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ — ديبوا (**Dubois**) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ — چيڤور (**Givord**) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ — دلماس (**Delmas**) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ .

والعرض . فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة والاعتداء على الكرامة . كل هذه أعمال تحدث ضرراً أدبياً . (٣) ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان . فخطف الطفل والاعتداء على الأولاد[١] أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة وإصابة الشخص فى معتقداته الدينية وشعوره الأدبي ، كل هذه أعمال تصيب المضرور فى عاطفته وشعوره فتحدث ضرراً أدبياً . (٤) ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له . فإذا دخل شخص أرضا مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك . كان فى هذا ضرر أدبي للمالك يصح التعويض عنه حتى لو لم يصبه ضرر مادى .

وقد انقسم الفقه الفرنسى فى بادئ الأمر فى جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، ولكنه استقر أخيراً على جواز التعويض عنه . وكذلك فعل القضاء الفرنسى منذ البداية . وفى مصر استقر الفقه والقضاء[٢] على جواز التعويض عن الضرر الأدبي . ثم أكد هذا الحكم التقنين الحديد . إذ نص فى المادة ٢٢٢ مدنى على أنه « ١ — يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء . ٢ — ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب »[٣] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تعويض الوالد عن فقد ابنه لا يعتبر تعويضاً عن ضرر محتمل الحصول فى المستقبل ، إذ مثل هذا التعويض إنما يحكم به عن فقد الولد وما يسببه هذا الحادث من اللوعة للوالد فى أى حال (نقض جنائى ٧ نوفبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١٢ رقم ١٨٠ ص ٨٩٩) .

(٢) دائرة النقض بمحكمة الاستئناف ٧ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ١٦٥ — ٢٥ مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٥ ص ١٥٦ — ٤ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٥٦ — استئناف وطنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٨٩ — ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجطوعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ — ٣١ مايو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٢٥ — ٥ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٩٨ ص ٨٧٣ — ٢٦ نوفبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٥ ص ٦٢١ — استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ — ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ — ٢٣ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٨٩ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٢٣ (مطابق) — الليبى م ٢٢٥ (مطابق) — العراقى م ٢٠٥ (موافق) — اللبنانى م ١٣٤/٢ و ٣ وم ٢٦٣ (موافق) .

٣٦٢ — من له حق التعويض عن الضرر الأدبي : كل من أصيب بضرر أدبي له الحق في المطالبة بالتعويض عنه .

فإذا كان الضرر الأدبي موت شخص . وجب التمييز بين الضرر الذي أصاب الميت نفسه ويراد أن ينتقل حق التعويض عنه بموته إلى ورثته . والضرر الذي أصاب أقارب الميت مباشرة من جراء موته(١) . أما الضرر الذي أصاب الميت نفسه ، فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى ورثته . ذلك أن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل بالميراث ، كما سنرى ، إلا إذا تحدد بموجب اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء ، وفي حالتنا لا يتصور شيء من ذلك إذ الضرر الأدبي هو موت الشخص نفسه فلا يمكن بعد الموت أن يكون الضرر قد تحدد باتفاق أو طالب به الميت أمام القضاء . بقي الضرر الذي يصيب ذوي الميت بطريق مباشر . وهنا عرضت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٢ مدني سالفة الذكر إلى تحديد مَن مِن هؤلاء يجوز الحكم له بالتعويض . فذكرت أنه لا يجوز الحكم إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ، فيقصر الأمر إذن على الزوج الحي وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية وهم أبوه وأمه وجده وجدته لأبيه ولأمه وأولاده وأولاد أولاده وإخوته وأخواته . ولا يعطى القاضي تعويضاً لهؤلاء جميعاً إذا وجدوا . بل يعطي التعويض لمن منهم أصابه ألم حقيقي بموت المصاب. والمقصود هنا التعويض عن الضرر الأدبي لا عن الضرر المادي ، فهذا الضرر الأخير العبرة فيه بمن كان له حق النفقة على الميت ومن كان الميت يعوله فعلا كما سبق القول .

أما إذا كان المصاب لم يمت . فتعويض ذويه عن الضرر الأدبي الذي لحقهم بإصابته يجب الأخذ فيه بحذر أكبر . ويترك الأمر فيه لتقدير القاضي ، وإن كان من الصعب أن نتصور تعويضاً يعطى عن الضرر الأدبي في هذه الحالة لغير الأم والأب والزوجة أو الزوج .

٣٦٣ — متى يمكن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي : والأصل في التعويض عن الضرر الأدبي أنه شخصي مقصور على المضرور

---

(١) انظر في هذا التمييز استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣٤ . =

نفسه . فلا ينتقل إلى غيره بالميراث أو بالعقد أو بغيرهما إلا إذا كانت مطالبة المضرور به محققة . وقد قضت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ مدنى سالفة الذكر بأن انتقال حق التعويض لا يكون إلا فى إحدى حالتين : (١) حالة مايكون التعويض قد اتفق على مبدئه وعلى مقداره ما بين المضرور والمسئول . فتحدد التعويض على هذا الوجه بموجب اتفاق بين الاثنين (٢) حالة مايكون قد استعصى الاتفاق . فلجأ المضرور إلى القضاء وطالب المسئول بالتعويض ، أى أنه رفع الدعوى فعلا أمام المحاكم .

أما قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية فلا ينتقل حق التعويض إلى أحد . وإذا مات المضرور لم ينتقل التعويض إلى ورثته بل يزول الحق بموته[1].

المبحث الثالث

علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر

(Le lien de causalité)

٣٦٤ ــ مسألتان: قدمنا أن الخطأ يجب أن يكون هو السبب فى الضرر . فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبى انعدمت السببية . وتنعدم السببية أيضاً حتى لوكان الخطأ هو السبب . ولكنه لم يكن السبب المنتج . أوكان السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر .

فنبحث إذن مسألتين : (١) انعدام السببية لقيام السبب الأجنبى[2] (٢) ثم انعدامها لأن السبب غير منتج أوغير مباشر .

= وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الضرر ناشئا عن موت المصاب ، فإن أقرباءه لايعوضون جميعهم عن الضرر الذى يصيبهم شخصياً ، إذ قصر المشرع فى المادة ٢٢٢/٢ التعويض على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ، ولازم ذلك أن المشرع إن كان قد خص هؤلاء الأقارب بالحق فى التعويض عن الضرر الأدبى . فلم يكن ذلك ليحرمهم مما لهم من حق أصيل فى التعويض عن الضرر المادى إن توافرت شروطه (نقض مدنى ٣٠ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٩٩ ص ٦٣١) .

(١) نقض جنائى ٣ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٧ رقم ٩٩ ص ٣٣٠ — ٢٠ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٩ رقم ١١ ص ٥١ .

(٢) والسبب الأجنبى يعدم السببية ويعدم فى الوقت ذاته نسبة الخطأ إلى المسئول ، فإذا =

المطلب الأول

انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي

٣٦٥ — ما هو السبب الأجنبي : تنص المادة ١٦٥ مدني على أنه « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه . كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير . كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر . ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك »[(١)] .

فالسبب الأجنبي (cause étrangère) الذي يعدم علاقة السببية هو كما يقول النص : (١) القوة القاهرة أو الحادث الفجائي (force majeure ou cas fortuit) (٢) خطأ المضرور (faute de la victime) (٣) خطأ الغير (faute d'un tiers)[(٢)].

ونستعرض كلا من هذه الأسباب الثلاثة .

= وجد السبب الأجنبي انعدم ركنان في المسئولية التقصيرية : ركن الخطأ وركن السببية (قارب في هذا المعنى إسماعيل غانم في آثار الالتزام فقرة ٤٠ وما بعدها) . فاستقلال السببية عن الخطأ لا يظهر في جزء عندما يكون الخطأ واجب الإثبات . ذلك أن المضرور ، عندما يكلف بإثبات الخطأ ، يلجأ عادة إلى إثبات خطأ يكون هو السبب في إحداث الضرر . ومن ثم فإثبات الخطأ يكون في الغالب إثباتا لعلاقة السببية . فتستتر السببية وراء الخطأ ولا يظهر في وضوح أنها ركن مستقل . وإنما يتضح استقلالها في الأحوال التي تقوم فيها المسئولية على خطأ مفترض أو خطأ مفروغ من إثباته . كمسئولية الحارس عن الحيوان . ففي هذه الحالة الخطأ مفروغ منه . ولا يكلف المضرور بإثباته . أما السببية فيمكن نفيها بإثبات السبب الأجنبي . فهنا إذن يتركز النضال ما بين المسئول والمضرور ، ومن ثم تبرز هي . ويدور الإثبات حولها وحدها دون الخطأ .

هذا وسواء كان الخطأ واجب الإثبات أو كان مفترضاً ، فإن علاقة السببية بين الخطأ والضرر تكون دائماً مفترضة . والمضرور هو الذي يحمل عبء الإثبات ، وعليه أن يثبت السبب الأجنبي ، فتنتفي بقيامه علاقة السببية .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٦٦ (مطابق) — الليبي م ١٦٨ (مطابق) — العراقي م ٢١١ (مطابق) — اللبناني لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) يكون السبب الأجنبي عادة أحد هذه الأسباب الثلاثة . ولكنها لم ترد على سبيل =

§ ١ – القوة القاهرة أو الحادث الفجائى

٣٦٦ – القوة القاهرة والحادث الفجائى شىء واحد : هناك من يفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائى . وهؤلاء يختلفون فى الأساس الذى تقوم عليه هذه التفرقة . فمنهم من يذهب إلى أن القوة القاهرة هى التى لا يستطاع دفعها ، أما الحادث الفجائى فهو الذى لا يمكن توقعه . فيكفى إذن أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع . ولا يجوز الأخذ بهذا الرأى ، لأنه لا يكفى وجود إحدى هاتين الخصيصتين ، بل يجب اجتماعهما فى كل من القوة القاهرة والحادث الفجائى . ومنهم من يذهب إلى أن القوة القاهرة يجب أن تكون مستحيلة الدفع استحالة مطلقة . أما الحادث الفجائى فيكون مستحيل الدفع استحالة نسبية بالنظر إلى المدين . ولا يجوز الأخذ بهذا الرأى أيضاً ، فسنرى أن الاستحالة فى كل من القوة القاهرة والحادث الفجائى يجب أن تكون استحالة مطلقة . ويذهب فريق ثالث إلى أن القوة القاهرة هى حادث خارجى عن الشىء الذى تتحقق به المسئولية كعاصفة أو زلزال . أما الحادث الفجائى فحادث داخلى ينجم عن الشىء ذاته كانفجار آلة أو انكسار عجلة ، ثم يقول إن القوة القاهرة وحدها هى التى تمنع من تحقق المسئولية أما الحادث الفجائى فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته . وهذا الرأى لا يجوز التسليم به إلا عند من يقولون بنظرية تحمل التبعة . إذ يصح عند هؤلاء أن يكون الشخص مسئولا عن الحادث الفجائى دون القوة القاهرة .

والصحيح أن القوة القاهرة والحادث الفجائى شىء واحد ، إذا نظر إليه من ناحية استحالة الدفع سمى قوة قاهرة ، وإذا نظر إليه من ناحية عدم إمكان التوقع سمى حادثا فجائيا .

٣٦٧ – الشروط الواجب توافرها فى القوة القاهرة والحادث الفجائى : يجب توافر شروط ثلاثة :

= الحصر كما هو واضح من نص المادة ١٦٥ مدنى – وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى أن تكون محكمة الموضوع قد أقامت حكمها برفض دعوى التعويض ، المؤسسة على المسئولية التقصيرية ، على ما ثبت لها من أن الضرر الذى أصاب المضرور قد نشأ عن سبب أجنبى لم يكن للمدعى عليه يد فيه . وليس على المحكمة بعد ذلك أن تتحرى وقوع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥١ ص ٤٤١) .

١ – أن يكون الحادث غير ممكن التوقع (imprévisible) : فإذا أمكن توقع الحادث ، لم يكن قوة قاهرة أو حادثا فجائيا . ويجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع لا من جانب المدين فحسب ، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور . فالمعيار موضوعى ، بل هو معيار لا يكتفى فيه بالشخص المعتاد ، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبيا .

٢ – أن يكون الحادث مستحيل الدفع (irrésistible) : فإذا أمكن دفع الحادث ، حتى لو لم يمكن توقعه ، لم يكن قوة قاهرة أو حادثا فجائيا .

٣ – أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا (impossible): ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة ، لا استحالة بالنسبة إلى المدين فحسب بل بالنسبة إلى كل شخص يكون فى موقف المدين . ويستوى أن تكون استحالة التنفيذ مادية أو معنوية . فإذا كان المدين مغنيا تعهد بإحياء حفلة فمات عزيز عنده يوم الحفلة ، استحال عليه معنويا أن يغنى ، ومن ثم يكون الحادث قوة قاهرة . واستحالة التنفيذ هى التى تميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة ، فقد رأينا فى النظرية الأخيرة أن تنفيذ الالتزام يصبح مرهقاً لا مستحيلا[1] .

٣٦٨ – تطبيقات عملية : الحرب قد تكون قوة قاهرة[2] ، بما ينجم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا ينفسخ الالتزام التعاقدى إلا إذا أصبح الوفاء به مستحيلا استحالة مطلقة ، بسبب قوة قاهرة أو حادث جبرى طارئ لا قبل للمدين بدفعه أو توقعه ، وأن يكون ذلك بسبب أجنبى عنه . وإذن فمتى كان المدين قد تعهد بتوريد مقدار معين من الذرة إلى إحدى الجهات الحكومية ، وكانت القرارات التى أصدرتها وزارة التموين إبان التعاقد بالاستيلاء على هذه الغلة ليست عامة بل تناولت كميات معينة منها وفى بعض الجهات دون بعضها ، فإنه لم يكن من المستحيل على المدين استحالة مطلقة تنفيذ تعهده ، سيان بعد ذلك أن يكون هذا التنفيذ قد أرهقه أو لم يرهقه ، خصوصاً إذا كان التعاقد قد تم فى ظل قيام الأحكام العرفية مما يجعل أوامر الاستيلاء متوقعة الحصول من وقت لآخر وينتفى معه القول بقيام القوة القاهرة (نقض مدنى ١٠ نوفبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٩ ص ١٤٧٣) . وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعى تملكه محكمة الموضوع ، مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢) .

(٢) نقض مدنى ١٩ نوفبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٣ ص ٦٧٧ .

عنها من أحداث واضطرابات . فإذا هاجم العدو بلداً وطرد منها سكانها . كان هذا الحادث قوة قاهرة تعفي المستأجر من التزاماته المترتبة على عقد الإيجار . والوديع من التزامه بالمحافظة على الوديعة . والمقاول من التزامات المقاولة . وهكذا . وقد تكون الحرب سببا في تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية . فتكون قوة قاهرة ترفع المسئولية عن المدين في هذه الأحوال .

وكالحرب صدور تشريع أو أمر إداري واجب التنفيذ (fait du prince)[١] . أو وقوع زلزال . أو حريق . أوغرق . أو هبوب عاصفة . أو حدوث مرض طارئ . أو إضراب غير متوقع . أو سرقة . أو تلف . أو نحو ذلك من الأحداث التي لا يمكن توقعها ويستحيل دفعها .

وقد تقع حوادث السيارات بقوة قاهرة أو حادث فجائي . كما إذا انفجرت آلة أو انكسرت عجلة أو انزلقت السيارة في أرض زلجة . أو اعترضتها عقبة مفاجئة . أو بهر بصر السائق نور خاطف[٢] .

§ ٢ – خطأ المضرور

٣٦٩ – التمييز بين فرضين : إذا وقع من المسئول خطأ ومن المضرور خطأ آخر[٣] . وجب أن نعرف إلى أي حد يؤثر خطأ المضرور في المسئولية التي نجمت عن خطأ المسئول . وهنا يجب أن نميز بين فرضين : (١) إذا كان

---

(١) كالاستيلاء (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٠ ص ٧٣٨) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مسئولية الحكومة عن عدم إمداد المحضر بالحماية الكافية في أثناء قيامه بمأمورية خطرة تخضع للقواعد العامة ، ومن ثم يجب إثبات خطأ في جانب الحكومة وقيام سببية مباشرة ما بين هذا الخطأ والضرر الذي أصاب المحضر . ولا يجوز أن يكون الخطأ الذي سبب الضرر مباشرة في هذه الحالة هو ما قيل من رفض رئيس البوليس المحلي إعطاء المحضر قوة كافية لحمايته عندما طلب ذلك . ما دام لم يثبت أن الاعتداء على المحضر . الذي كان مفاجئاً بقدر ما هو عنيف . كان في هذه الظروف من المستطاع تفاديه (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٨) .

(٣) ويقاس خطأ المضرور بالمعيار المعروف : انحراف المضرور في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص المعتاد .

أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر (٢) إذا بقي كل من الخطأين مستقلا عن الخطأ الآخر فتكوّن منهما خطأ مشترك .

٣٧٠ — استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر : إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، لم يكن للخطأ المستغرق من أثر . فإذا كان خطأ المسئول هو الذي استغرق خطأ المضرور ، كانت مسئولية المسئول كاملة لا تخفف منها خطأ المضرور . أما إذا كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطأ المسئول ، فإن مسئولية المسئول ترتفع لانعدام رابطة السببية . ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر . ومهما كان أحد الخطأين يفوق في جسامته الخطأ الآخر ، فإنه لا يتصور أن الخطأ الأشد يستغرق الخطأ الأخف إلا في صورتين : (١) إذا كان أحد الخطأين هو خطأ عمدى . فإذا كان المسئول هو الذى أراد إحداث الضرر متعمداً ، كانت مسئوليته متحققة ووجب عليه تعويض كامل ، حتى لوكان خطأ المضرور غير المتعمد له دخل في إحداث الضرر . فإذا تعمد سائق السيارة أن يدهس رجلا مكفوف البصر يسير في الطريق دون قائد ، لم يجز له أن يحتج بخطأ المضرور في أنه سار دون قائد لتخفيف مسئوليته ، لأن هذا الخطأ لم يكن إلا ظرفا استغله السائق في إنفاذ نيته . أما إذا كان المضرور هو الذى تعمد إلحاق الضرر بنفسه ، استغرق خطأه خطأ المسئول ، وارتفعت مسئولية المسئول لانعدام السببية . فلو أن شخصاً أراد الانتحار ، فانتهز فرصة أن سائقاً يسير بسرعة تجاوز الحد المفروض فألقى بنفسه أمام السيارة ، فإنه لا يجوز له الاحتجاج بأن السائق قد أخطأ إذ سار بسرعة زائدة . فإن هذا الخطأ لم يكن إلا ظرفا استغله المضرور لتنفيذ قصده[1] . (٢) إذا كان أحد

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المجنى عليه تعمد الإضرار بنفسه ، فانتهز فرصة خطأ الجانى واتخذه وسيلة لتنفيذ ما تعمده من إيقاع الضرر بنفسه ، فلا يقضى له بتعويض (نقض جنائى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥) . وتدق الحالة لو أن كلا من المدعى عليه والمضرور قد أراد إحداث الضرر ، كما إذا دفع مصاب بمرض مستعص طبيباً إلى أن يخلصه من حياته . وعندنا أنه حتى إذا قلنا بأن خطأ المريض لم يستغرق خطأ الطبيب فى هذه الحالة فبقى خطأ الطبيب قائماً ، ولم تنتف المسئولية عن طريق انتفاء الخطأ ، فإنها تنتفى عن طريق انتفاء الضرر ، =

الخطأين هو رضاء المضرور بما وقع عليه من الضرر . ورضاء المضرور بالضرر هو منزلة وسطى بين إرادته إلحاق الضرر بنفسه ومجرد علمه بالضرر . فقد يرضى المضرور بالضرر ولكنه لايريده ، ويقع ذلك فى المبارزة . فكل من المتبارزين قد رضى أن يموت أو أن يجرح ولكنه لايريد لنفسه هذا الضرر. وقد يعلم المضرور بالضرور لكنه لايرضى به . فمن اشترك فى إحدى الألعاب الرياضية يعلم بما عسى أن ينجم من ضرر عن هذه اللعبة ولكن لا يمكن القول بأنه رضى بهذا الضرر إلا بقدر ما تنطوى عليه اللعبة فى العادة من أخطار . والذى يعنينا هنا هو أن يكون المضرور قد رضى بالضرر . فلا يرتفع إلى حد أن يريده ، ولا ينزل إلى مجرد العلم به . والأصل أن رضاء المضرور ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المسئول صفة الخطأ . ولايزال المسئول مخطئا حتى لو رضى المضرور بما وقع عليه من الضرر . فالطبيب إذا أجرى لمريض عملية جراحية خطرة فى غير ما ضرورة يكون مخطئاً . حتى لو رضى المريض بإجراء هذه العملية . والمهندس إذا نفذ تصميما معيبا يكون مخطئاً . حتى لو رضى عميله بهذا التصميم . فرضاء المضرور بالضرر لا يمنع إذن من أن يكون فعل المسئول خطأ . ولكن هل يستغرق رضاء المضرور بالضرر هذا الخطأ . كما استغرقته إرادة المضرور إلحاق الضرر بنفسه فيما سبق أن بيناه ؟ تقدم أن هناك فرقا بين أن يريد المضرور الضرر وبين أن يرضى به . وإذا كان معقولا فى الحالة الأولى أن يستغرق خطأ المضرور خطأ المسئول . فليس من المعقول أن يكون مجرد رضاء المضرور بالضرر من شأنه أن يستغرق خطأ المسئول . فالأصل إذن أن رضاء المضرور يترك فعل المسئول كما هو فلا يزيل عنه صفة الخطأ ولايستغرقه . وتكون مسئولية المسئول كاملة . ولكن قد يعد رضاء المضرور بالضرر خطأ منه . فى هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المسئول كما هو الشأن فى الخطأ المشترك . فمن رضى أن يركب سيارة غير سليمة وهو عالم بذلك . أو ترك سائق السيارة يسوقها وهو فى حالة سكر بيّن

= فإن الطبيب لم يحدث ضرراً بمريض خلصه من حياة شقية . على أنه إذا استقلت نية المسئول فى إحداث الضرر عن نية المضرور فى إلحاق الضرر بنفسه ، ولم يكن هناك اتفاق بين الطرفين ، فالظاهر أن خطأ المسئول العمدى هو الذى يبقى قائماً ويستغرق خطأ المضرور العمدى ، وتتحقق مسئولية المسئول كاملة .

بين ، أو دفعه إلى أن يسير بسرعة فائقة ، يكون قد رضى بالضرر ويعد رضاؤه هذا خطأ من شأنه أن يخفف من مسئولية السائق . وقد يصل خطأ المضرور فى رضائه بالضرر حداً من الجسامة يجعله يستغرق خطأ المسئول ، فتنتفى المسئولية فى هذه الحالة لانعدام رابطة السببية . فصاحب السفينة الذى يرضى عن بينة بنقل مهربات حربية فتصادر سفينته لا يرجع بشىء على صاحب المهربات[1] ، والمرأة البالغة سن الرشد غير الغرة إذا انقادت عن بينة من أمرها إلى معاشرة خليلها لا ترجع عليه بالتعويض[2] . وإذا اتفق أهالى بلدين على المضاربة معاً ومات أحدهم فى أثناء المضاربة فلا حق لورثته فى التعويض لأنه هو الذى عرض نفسه باختياره إلى القتل[3] .

(الحالة الثانية) إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر . فإذا كان خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المسئول ، استغرق الخطأ الثانى الخطأ الأول ، واعتبر خطأ المسئول هو وحده الذى أحدث الضرر ، وتكون مسئولية المسئول كاملة . فإذا ركب شخص مع صديق له فى سيارة يقودها هذا الصديق مسرعا ، فنجم عن هذا السير السريع خطر دفع الراكب إلى أن يأتى بحركة

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٨ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

(٣) استئناف وطنى ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦ ص ١٨٣ — بنى سويف ١٩ يونيه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٦ ص ٣٨ — ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن كل مضاربة تتضمن بطبيعتها واقعتين بالنسبة إلى كل متضارب ، واقعة يكون هو فيها جانيا على غيره والأخرى يكون مجنياً عليه من هذا الغير . فمن يطلب التعويض منهما تطبق على طلبه قواعد المسئولية المدنية . ويقدر التعويض بحسب جسامة خطأ غريمه الناشئ عنه الضرر مع مراعاة مبلغ اشتراكه هو فى إحداث الضرر لنفسه أو تسببه فيه ، ثم يقضى له بالتعويض الذى يستحقه أو يرفض طلبه متى كان خصمه أيضاً قد طلب تعويضاً فوجدت المحكمة بعد البحث على الطريقة المتقدمة أن تعويض خصمه يعادل تعويضه أو وجدت أنه يربو على تعويضه فأوقعت المقاصة بين التعويضين وقضت لخصمه بالزائد (نقض جنائى ٢٨ نوفبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥). ونرى من ذلك أن محكمة النقض لم تذهب إلى أن المضاربة تنطوى على عنصر رضاء المضرور بالضرر ، بل تعتبر كل متضارب معتدياً ومجنياً عليه ، فتأخذ منه بقدر ما اعتدى وتعطيه بقدر ما اعتدى عليه . وإذا كان هذا صحيحاً فى المضاربة بوجه عام ، إلا أن الاتفاق على المضاربة — وهو أقرب ما يكون إلى المبارزة — ينطوى كما هو ظاهر على معنى رضاء المضرور بالضرر الذى قد يقع عليه .

خاطئة التماسا للنجاة . كان خطأ المضرور هنا هو نتيجة خطأ المسئول . فاستغرق هذا ذاك وتحققت مسئولية الصديق كاملة(١) . أما إذا كان خطأ المسئول هو نتيجة خطأ المضرور . فإن خطأ المضرور هو الذى يستغرق خطأ المسئول . ولا تتحقق المسئولية لانعدام رابطة السببية . فإذا دهس سائق السيارة أحد العابرة . وأثبت أن المضرور تحول فجأة من جانب الطريق إلى الطريق الآخر دون أى احتياط وكان هذا الخطأ هو السبب الوحيد للإصابة . فقد أثبت أن الخطأ المفترض فى جانبه — وهو الخطأ فى الحراسة — ليس إلا نتيجة خطأ المضرور . واستغرق خطأ العابر خطأ السائق . وانعدمت علاقة السببية بين خطأ السائق والضرر . فانتفت مسئولية السائق .

٣٧١ — عدم استغراق الخطأين للآخر — الخطأ المشترك : فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر . بل بقيا متميزين كل منهما اشترك مستقلا فى إحداث الضرر . كان للضرر سببان : خطأ المسئول وخطأ المضرور . وهذا ما يسمى بالخطأ المشترك (faute commune)(٢)

والأصل أن كلا من الخطأين يعتبر سببا فى إحداث الضرر كله . فتكون المسئولية بالتساوى . ويكون المسئول غير مسئول إلا عن نصف الضرر . ويتحمل المضرور النصف الآخر فلا يرجع على المسئول إلا بنصف الضرر(٣) . على أن المادة ٢١٦ مدنى تقضى بأنه « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض.

---

(١) نقض مدنى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩ . وكذلك يكون الحكم إذا ارتكب المريض خطأ فى علاج نفسه . وكان ذلك بناء على إشارة خاطئة من الطبيب ، فإن خطأ الطبيب يستغرق خطأ المريض لأن الخطأ الثانى ليس إلا نتيجة للخطأ الأول . وهذا هو شأن الموكل يخطىء اتباعا لنصيحة خاطئة من محاميه . فيستغرق خطأ المحامى خطأ الموكل لأن الخطأ الثانى هو نتيجة الخطأ الأول .

(٢) نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣٥ ص ٨٩٢ — نقض جنائى ٩ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٦ رقم ٢٤٦ ص ٧٩٥ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٦ رقم ٤٣٢ ص ١٤٦٣ .

وقد قدمنا أن تعبير « الخطأ المشترك » غير دقيق ، فالخطأ ليس خطأ واحداً مشتركاً ارتكبه الاثنان معاً . بل هما خطآن مستقلان أحدهما ارتكبه شخص والثانى ارتكبه الآخر .

(٣) ولو أن المسئول شخصان لا شخص واحد ، رجع المضرور على أى منهما بثلثى الضرر . لأنه تحمل الثلث الباقى ولأن المسئولين متضامنان فى الثلثين .

أو ألاّ يحكم بتعويض . إذا كان الدائن بخطأه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه »[1] . فالمضرور لا يتقاضى تعويضاً كاملا . بل يتحمل نصيبه من المسئولية[2] . ويدع النص مجالا للقاضى أن يوزع التعويض . لا على عدد الرؤوس ، بل بحسب جسامة خطأ كل من المسئول والمضرور . ولا يلجأ القاضى إلى التوزيع على عدد الرؤوس إلا إذا لم يستطع أن يحدد جسامة كل خطأ[3] ، فعندئذ يفترض التكافؤ فيها جميعا ويجرى التوزيع بالتساوى بين المسئول والمضرور[4] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٧ (مطابق) – الليبى ١٢٩ (مطابق) – العراقى م ٢١٠ (موافق) – اللبنانى م ١٣٥ (موافق) .

(٢) والنص يقول « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض » ، ومعنى الجواز فى الإنقاص احتمال ألاّ ينقص القاضى من التعويض شيئاً . ويكون ذلك فى حالة ما إذا كان خطأ المضرور قد استغرقه خطأ المسئول على النحو الذى بيناه . ويقول النص أيضاً « أو لا يحكم بتعويض ما » ، ويكون ذلك فى حالة ما إذا كان خطأ المسئول قد استغرقه خطأ المضرور فى الصور التى أسلفنا ذكرها .

(٣) وذلك بالتطبيق للمادة ١٦٩ مدنى . وهى تنص على أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » .

(٤) وقد وضعت محكمة النقض المبدأ الذى يسير عليه القضاء المصرى فى هذا الصدد فيما قضت به من أنه إذا كان المضرور قد أخطأ هو أيضاً وساهم بخطأه فى الضرر الذى أصابه ، وجب أن يراعى ذلك فى تقدير مبلغ التعويض المستحق له . فلا يحكم له على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير ، لأن كون الضرر الذى لحق المضرور ناشئاً عن خطأين . خطأه هو وخطأ غيره ، ذلك يقتضى توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما ، وبناء على عملية تشبه المقاصة لا يكون الغير ملزماً إلا بمقدار التعويض عن كل ضرر منقوصاً منه ما يجب أن يتحمله المضرور بسبب الخطأ الذى وقع منه (نقض جنائى ٢ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢٠٠ ص ٤٨٦) . انظر أيضاً : نقض جنائى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٨ ص ٥١٧ – ٩ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٦ رقم ٢٤٦ ص ٧٩٥ – نقض مدنى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩ – ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦١٦ – استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٧٢ .

وأحكام القضاء المصرى كثيرة فى هذا الموضوع : استئناف مختلط ١٦ فبراير سنة ١٩٤٩ م ١٦ ص ٥٧ (هدأ السائق من سيره أمام محطة إجبارية ولكنه لم يقف فتعلق أحد الطلبة بالمركبة ثم أسرع السائق فى السير ، فسقط الطالب بين عجلات الترام ومات فى المستشفى ، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ مشتركاً بين السائق الذى أسرع بعد أن أوهم الناس أنه سيقف فى المحطة الإجبارية =

§ ٣ – خطأ الغير

٣٧٢ – خطأ الغير وخطأ المسئول – استغراق أحد الخطأين للآخر : إذا كان لكل من خطأ المسئول وخطأ الغير[1] شأن فى إحداث الضرر ، وكان أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر ، اعتبر الخطأ المستغرق هو وحده السبب فى إحداث الضرر . فإذا استغرق خطأ المسئول خطأ الغير ، كانت

= وبين الطالب الذى تعلق بالمركبة والترام يسير ولو بعد تهدئة السير) – انظر أيضاً استئناف مختلط ٢٧ نوفبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢١ (أعطى الكمسارى إشارة المسير قبل الأوان والطفل لم تحافظ عليه مرافقته : الخطأ مشترك) – ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٨ (خطأ مشترك بين سائق السيارة وأحد المارة) – استئناف وطنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٥ ص ٥٦ (صدمة تسببت عن إهمال فى قيادة عربة ، وثبت أنه كان فى إمكان المجنى عليه توقى الحادث لو لم يكن تحت تأثير الحشيش) – استئناف وطنى ٧ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٣٤ ص ١٨٦ (طفلة عمرها ثلاث سنوات دهسها القطار بسبب ترك السور الذى يحول بين منزل والدها وقضبان السكك الحديدية بدون ملاحظة فأزال العمال بعض الأعمدة لتقصير الطريق إلى منازلهم : خطأ مشترك بين مصلحة السكك الحديدية ووالد الطفلة لتركها وحدها خارج المنزل) – استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٩٢ ص ٨٠٦ (إهمال السائق والمجنى عليه) – استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٢ (خطأ مشترك لأن والد بنت صغيرة تركها فى شارع مزدحم دون رقيب) – نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣٥ ص ٨٩٢ (خطأ مشترك بين عامل المصعد والمصابة) – نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٤ ص ٦١٦ (تسرب المياه بسبب كسر المواسير بخطأ مشترك بين المجلس البلدى والمشترك ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

هذا وقد ورد فى المادة ٢١٦ مدنى سالفة الذكر أن القاضى ينتقص مقدار التعويض . إذا كان الدائن بخطأه قد زاد فى إحداث الضرر . ومثل ذلك شخص يجرح فى حادث فيهمل فى علاج نفسه ، فيزيد الضرر (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩) . ومثل ذلك أيضاً حادث يصيب منزلا فيجعله غير قابل للسكنى مدة معينة ، فيهمل صاحب المنزل فى إصلاحه وتطول من جراء ذلك المدة التى يبقى فيها المنزل غير صالح للسكنى ، فلا يتحمل المسئول ضرر ما طال من هذه المدة (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨) . ولكن المضرور لا يتحمل خطأ الغير فى زيادة الضرر ، وعلى المسئول أن يرجع على الغير . فإذا أحدث شخص كسراً فى أحد أعضاء جسم المضرور ، ووقع خطأ فى جبر الكسر تسبب عنه زيادة الضرر ، فالمضرور يرجع على المسئول بالتعويض عن زيادة الضرر ، وللمسئول أن يرجع على من وقع منه الخطأ فى جبر الكسر (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٦) .

(١) ويقاس خطأ الغير هنا أيضاً بالمعيار المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد .

مسئولية المسئول كاملة ولا أثر لخطأ الغير في هذه المسئولية . أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المسئول . فالغير وحده هو المسئول مسئولية كاملة . ولا أثر لخطأ المسئول في هذه المسئولية .

ويستغرق أحد الخطأين الآخر . كما بينا في صدد الكلام في خطأ المضرور ، إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو الذي دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر . ولايرد هنا ما رأيناه في خطأ المضرور من أن رضاءه قد يستغرق خطأ المسئول ، فإنه إذا أمكن أن يتصور استغراق رضاء المضرور لخطأ المسئول . فلا يتصور أن خطأ المسئول يستغرقه رضاء الغير .

وليس من الضروري أن يكون الغير معروفا . فقد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صدر من شخص ثالث وقد هرب دون أن يعرف ، ويبقى مع هذا خطأ الغير مؤثراً في مسئولية المسئول . بل قد يستغرق خطأ المسئول .

٣٧٣ — تعدد المسئولين : فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بقي الخطآن قائمين واعتبر أن كلا منهما سبب في إحداث الضرر . وهذه هي حالة تعدد المسئولين . فقد اشترك مع المسئول شخص آخر في إحداث الضرر ، فاصبح المسئول أكثر من شخص واحد . وقد نصت المادة ١٦٩ مدني على هذه الحالة . فقضت بأنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر . وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي . إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض [1] » .

وقد قرر النص التضامن فيما بين المسئولين . فيجوز إذن للمضرور أن يرجع على أي من المسئول الأصلي أو الغير بالتعويض كاملا . ثم يتقاسم المسئولان الغرم فيما بينهما . والأصل بحسب النص أن تكون القسمة بالتساوي على عدد الرؤوس . إلا إذا استطاع القاضي أن يحدد جسامة كل من الخطأين فيجوز له أن يجعل القسمة بحسب جسامة الخطأ . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في خطأ المضرور[2] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٧٠ (مطابق) — الليبي م ١٧٢ (مطابق) — العراقي م ٢١٧ (موافق) — اللبناني م ١٣٧ (موافق) .

(٢) وقد جعل النص الأصل أن تكون القسمة فيما بين المسئولين بالتساوي على عدد =

٣٧٤ — اشتراك خطأ المسئول وخطأ الغير وخطأ المضرور فى إحداث الضرر: وقد يساهم فى إحداث الضرر خطأ أول يثبت فى جانب المسئول ، وخطأ ثان يثبت فى جانب الغير . وخطأ ثالث يثبت فى جانب المضرور . فى هذه الحالة يتحمل المضرور . وقد ثبت خطأ فى جانبه . ثلث الضرر . ويتحمل المسئول والغير ثلثى الضرر متضامنين . فيرجع المضرور على أى من المسئول والغير بثلثى التعويض . ويرجع من دفع الثلثين على المسئول الآخر بالثلث . هذا ما لم ير القاضى أن يكون التوزيع . لا على عدد الرؤوس . بل بحسب جسامة خطأ كل من الثلاثة .

المطلب الثانى

انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر

٣٧٥ — حالتان: قد تتعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المسئول أحد هذه الأسباب . ولكن يؤدى هذا التعدد إلى انقطاع الصلة ما بين الخطأ والضرر فتنعدم علاقة السببية . وقد يكون للضرر سبب واحد هو خطأ المسئول ، ولكن الضرر هو الذى يتعدد إذ تتعاقب الأضرار فتنقطع الصلة ما بين بعضها وبين خطأ المسئول من جراء تسلسل النتائج . فتنعدم علاقة السببية فيما انقطعت فيه الصلة .

ونستعرض كلا من الحالتين : (١) تعدد الأسباب (٢) تسلسل النتائج .

§ ١ — تعدد الأسباب

٣٧٦ — التمييز بين فرضين : قد تتعدد الأسباب التى تتدخل فى إحداث

= الرؤوس . أما القضاء المصرى فكان . فى عهد التقنين المدنى السابق ، يجرى على أن الأصل هو أن تكون القسمة بحسب جسامة الخطأ . فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين أن حادثة الإصابة وقعت باشتراك شخصين فى الخطأ . وجب توزيع المسئولية عليهما كل بمقدار خطأه (نقض جنائى ٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٥٩ / ٢ ص ٣٢٥) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٥ — ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٦ — ١٦ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢ .

الضرر . ويحسن في هذه الحالة أن نميز بين فرضين : (١) تعدد الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى (٢) تعدد الأسباب دون استغراق .

٣٧٧ — تعدد الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى : رأينا في بحث السبب الأجنبي أنه يجوز أن يكون للضرر سببان ولكن أحدهما يستغرق الآخر . فيعتبر الأول هو السبب الوحيد الذي أحدث الضرر . وتتحقق مسئولية صاحبه كاملة . ورأينا أن هذا يتحقق في وضعين :

١ — عندما يكون أحد السببين خطأ عمداً والآخر غير عمد . فيستغرق الخطأ العمد الخطأ غير العمد ويصبح هو السبب الوحيد الذي نقف عنده . فإذا انتهز شخص فرصة سير غريمه في الطريق غير ملق بالاً لما حوله فدهسه بسيارته . أو رأى حفرة في الطريق حفرها الغير خطأ فأوقع غريمه فيها . اجتمع سببان تدخلا في إحداث الضرر : تعمد الجاني وخطأ المجني عليه أو الغير . فيستغرق تعمد الجاني خطأ المجني عليه أو خطأ الغير . ويعتبر هذا التعمد هو السبب الوحيد في إحداث الضرر ويكون الجاني مسئولا وحده مسئولية كاملة .

٢ — عندما يكون أحد السببين نتيجة للسبب الآخر . فإذا أخطأ الطبيب في نصيحة المريض فاتبع المريض النصيحة . مخطئاً في ذلك فأصيب بضرر . فقد وجد سببان متواليان تدخلا في إحداث الضرر : المشورة الخاطئة وتنفيذ هذه المشورة . ولكن أحد السببين هو الذي ساق إلى السبب الآخر فكان هذا نتيجة له . إذ المشورة هي التي ساقت إلى التنفيذ فكان التنفيذ نتيجة للمشورة . ويترتب على ذلك أن المشورة تستغرق التنفيذ . وتصبح هي وحدها السبب في إحداث الضرر . وتتحقق مسئولية الطبيب وحده كاملة .

٣٧٨ — تعدد الأسباب دون استغراق : أما إذا تعددت الأسباب ولم يستغرق سبب منها الأسباب الأخرى . فهناك نظريتان : (١) نظرية تكافؤ الأسباب (équivalence des conditions) . ومؤداها أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر يعتد به . فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة . فلو كان لشخص سيارة ولم يتخذ الاحتياطات الواجبة للمحافظة عليها فسرقت منه . وساقها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد العابرين . كان

هناك سببان فى إحداث الضرر : سرعة السائق وتقصير صاحب السيارة فى المحافظة عليها . فالضرر ما كان ليقع لو لم يكن السائق مسرعا . وما كان أيضاً ليقع لولم يهمل صاحب السيارة فتسرق منه . فالسببان متكافئان فى إحداث الضرر . وكلاهما يعتبر سببا فى إحداثه .

(٢) نظرية السبب المنتج **(causalité adéquate)**. ومؤداها أنه إذا تعددت الأسباب وجب التمييز بين الأسباب العارضة **(fortuites)** والأسباب المنتجة **(adéquates)** . فالسبب العارض هو السبب غير المألوف الذى لا يحدث عادة الضرر الذى وقع ولكن أحدثه عرضا . أما السبب المنتج فهو السبب المألوف الذى يحدث الضرر فى العادة . والذى يجب الوقوف عنده هو السبب المنتج دون السبب العارض . فيعتبر السبب المنتج هو وحده الذى أحدث الضرر. فإذا أهمل صاحب السيارة فى المحافظة عليها فسرقت منه . وعدا بها السارق فى سرعة كبيرة فدهس أحد العابرة ، كان خطأ صاحب السيارة فى المحافظة عليها سببا عارضا لأنه لا يحدث عادة هذا الضرر ، وكان خطأ السارق فى أن يسير بسرعة كبيرة هو السبب المنتج لأنه هو الذى يحدث هذا الضرر فى العادة . وجب الوقوف عند السبب المنتج دون السبب العارض . واعتبار السارق هو وحده المسئول .

وقد تحول الفقه من نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج . فانحاز الكثرة من الفقهاء إلى هذه النظرية الأخيرة لأنها تتفق مع طبيعة الأشياء . فالأسباب المتعددة ليس كلها فى الواقع من الأمر متكافئة . بل فيها العارض والمنتج .

§ ٢ – تسلسل النتائج
(أو تعاقب الأضرار والضرر غير المباشر)

٣٧٩ – التمييز بين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج : يجب التمييز بين حالة تعدد الأسباب التى عالجناها فيما تقدم وحالة تسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار التى نعالجها الآن . ففى الحالة الأولى الضرر واحد لم يتعاقب ، والأسباب هى التى تعاقبت فتعددت . وفى الحالة الثانية السبب واحد لم يتعدد ،

والأضرار عن هذا السبب الواحد هي التي تعاقبت فصارت أضرارا متعددة . وقد تمتزج الحالتان فتتعدد الأسباب وتتعاقب الأضرار . فيعطى لكل حالة حكمها .

٣٨٠ — أمثلة عملية لتسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار : ضرب پوتييه مثلا تقليديا في الأضرار التي تتعاقب . وهو مثل في المسئولية العقدية ولكنه ينطبق أيضاً على المسئولية التقصيرية : تاجر مواش يبيع بقرة موبوءة[1] . فتعدى مواشي المشترى . وتموت وتموت معها سائر المواشي . فلا يتمكن المشترى من زراعة أرضه . فيعوزه المال ولا يستطيع الوفاء بديونه . فيحجز الدائنون على أرضه ويبيعونها عليه بثمن بخس . فهذه أضرار متعاقبة يجر بعضها بعضا . ويرى پوتييه بحق أن الأضرار المباشرة التي يجب التعويض عنها هي موت البقرة الموبوءة وعدوى المواشي وموتها . أما العجز عن الزراعة وعن وفاء الديون والحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس فهذه أضرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

وقد وقع في مصر نظير للمثل المتقدم . إذ قضت محكمة الاستئناف الوطنية بما يأتي : « إذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل للقطار الذي كانت هذه الآلات مشحونة فيه . فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المتسبب مباشرة عن الحادث . كأن يقال إن هذا الوابور كان معداً للتركيب على بئر أرتوازية وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر . فتلفت زراعة صاحب البئر ، وكان أيضاً متعهداً بأن يروى لأصحاب الأطيان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر . ثم إنه لم ينتفع بالأرض التي حفر بالبئر فيها وبالأرض التي أعدها لوضع الوابور إلخ إلخ . وإن المصلحة مسئولة عن تعويض كل هذه الأضرار »[2] .

---

(١) أو يخلطها بمواشي الغير وهو عالم أنها موبوءة عن إهمال – وذلك حتى ينطبق المثال على المسئولية التقصيرية .

(٢) استئناف وطني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢/٥١ ص ٢٤٧ – انظر أيضاً استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٧ – ٦ يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٧ .

وقد قضت محكمة النقض كذلك بما يأتى : « إذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسئولية خطأها عن سحب رخصة من متجر بالآثار . وما يترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة . وتحرير محضر مخالفة له . ومهاجمة منزله . وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته . وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الأضرار . فقضاؤه صحيح قانوناً[1] » .

فهذه أمثلة نرى فيها الأضرار عن السبب الواحد تتلاحق وتتعاقب . فأين نقف ؟ تقضى القواعد العامة بأننا نقف عند الضرر المباشر (dommage direct) فنعوض عنه . ونغفل الضرر غير المباشر (dommage indirect) فلا يجب له التعويض . ولكن كيف تحدد ما إذا كان الضرر مباشراً أو غير مباشر ؟

٣٨١ — معيار الضرر المباشر : سبق أن ميزنا عند الكلام فى المسئولية العقدية بين الضرر المتوقع والضرر المباشر . فالضرر المتوقع هو ما كان محتمل الحصول ممكنا توقعه . وهو دائماً ضرر مباشر . أما الضرر المباشر فقد يكون متوقعا أو غير متوقع . فما هو إذن معياره ؟ تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب . بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول[2] » .

فالضرر المباشر إذن هو ما كان نتيجة طبيعية (normal) للخطأ الذى أحدث الضرر . ويقول النص : « ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول »[3] . وهذا معيار يجمع بين الدقة والمرونة . فنطبقه على الأمثلة العملية التى قدمناها :

---

(١) نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٠ ص ٧٤ — انظر أيضاً استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٧ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٣ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٢٢/١ (مطابق) — الليبى م ٢٢٤/١ (مطابق) — العراقى م ٢٠٧ (موافق) — اللبنانى م ١٣٤ و٢٦١ (موافق) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من صدر منه خطأ لا يجب عليه التعويض إلا فى حدود الأضرار التى كان لا يمكن لمن ارتكب ضده الخطأ أن يتوقاها بجهوده ، وعدم بذل =

البقرة الموبوءة التي نفقت بعد أن أعدت سائر المواشي فنفقت هي أيضاً، أكان المشترى يستطيع أن يتوقى هذه الأضرار التي نشأت عنها لوأنه بذل جهداً معقولا؟ ينظر في ذلك إلى الظروف الملابسة. والظاهر أنه كان لايستطيع ذلك، فتعتبر هذه الأضرار أضرارا مباشرة. أما العجز عن الزراعة وعن وفاء الديون وحجز الأرض وبيعها بثمن بخس. فإن هذا كله كان في وسع الزارع أن يتفاداه ببذل جهد معقول، إذ كان في استطاعته أن يعمد إلى مواش أخرى يشتريها أو يستأجرها لزراعة أرضه فتقف بذلك سلسلة الأضرار المتلاحقة التي أصابته من جراء موت المواشي. ومن ثم تعتبر هذه الأضرار أضرارا غير مباشرة لا محل للتعويض عنها.

آلات الوابور التي تلفت بسبب الحادث الذي وقع للقطار. أكان صاحبها يستطيع أن يتوقى تلفها؟ ظاهر أنه كان لايستطيع ذلك. فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً يجب تعويضه. أما تعذر الانتفاع بالبئر الإرتوازية فتلف الزراعة والعجز عن ري الأطيان المجاورة وعدم الانتفاع بالأرض التي حفر البئر فيها والأرض التي أعدت لوضع الوابور. فكل هذه أضرار غير مباشرة إذ

= هذا الجهد هو في ذاته خطأ يوجب المسئولية. فإذا أبطلت إجراءات نزع الملكية على أساس أنها اتخذت على وجه غير قانوني ضد محجور عليه، لم يجز لورثة المحجور عليه مطالبة الدائن الذي اتخذ هذه الإجراءات بقيمة الثمرات التي انتزعت من مورثهم عن طريق الإجراءات الباطلة، إذا كان الثابت أن قيم المحجور عليه ومن بعده الورثة، وكانوا على علم بهذه الإجراءات، أبطأوا في رفع دعوى البطلان، فمكنوا بخطأهم هذا للضرر من أن يقع (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣). كذلك إذا أبطلت إجراءات نزع الملكية وحكم مرسى المزاد لعدم إنذار الحائز للعقار من جراء إغفال ذكر اسمه في الشهادة العقارية التي أعطيت للدائن الحائز، فلقلم الكتاب، في الدفاع عن نفسه في دعوى تعويض ترفع عليه من الحائز عن المدة التي نزع منه فيها العقار، أن يتمسك بأن الحائز كان على علم بالإجراءات التي اتخذت، وبأنه إذا لم يكن ملزماً بتصحيح الإجراءات بأن يتصرف كما لو كان قد أنذر، إلا أنه كان من الواجب عليه أن يتوقى الضرر الذي كان لابد أن ينجم من جراء نزع العقار من يده (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٥٧). وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الطرف الذي يطالب بتعويض الضرر يجب أن يكون قد قام من جهته بكل ماهو ضروري لتوقي هذا الضرر (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٤). ولكن لا يلام المضرور إذا هو لم يقبل إجراء عملية جراحية خطيرة مؤلمة، ولايحتج عليه بهذا الرفض للقول بأنه أخطأ في عدم تلافي الضرر الذي أصابه (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٤ رقم ٦ ص ٢).

كان صاحب الأرض يستطيع أن يتفاداها بالالتجاء إلى طريق آخر للرى ، على أن يعتبر ضرراً مباشراً يعوض عنه الفرق فى تكاليف الرى إذا كانت الطريقة التى لجأ إليها صاحب الأرض لرى أرضه أشد مؤونة ولم يكن فى استطاعته الالتجاء إلى طريقة أقل كلفة .

سحب الرخصة خطأ من تاجر فى الآثار . وما ترتب على ذلك من تحرير محضر مخالفة للتاجر ومهاجمة منزله ونزع اللوحة المعلقة ، كل هذه أضرار مباشرة لأن التاجر لم يكن يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول .

ونرى من ذلك أن المعيار الذى أتى به النص يستقيم فى جميع هذه الأمثلة . ومن اليسير تأصيله بأن المضرور إذا لم يبذل جهداً معقولا فى توقى الضرر يكون هو أيضاً قد أخطأ ، ومن ثم يوجد خطأ مشترك يجعل المضرور يتحمل تبعة خطأه بتحمل الأضرار التى نجمت عن هذا الخطأ . فإذا جرح شخص آخر ، فالضرر المباشر الذى ينجم عن الجرح يتحمله المسئول . والضرر غير المباشر الذى ينجم عن إهمال المضرور فى علاج نفسه يتحمله المضرور .

ونستخلص من ذلك أن الأضرار المباشرة — أى الأضرار التى تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدثها وهى التى كان المضرور لا يستطيع توقيها ببذل جهد معقول — هى وحدها التى تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ ، ويستوى فى ذلك أن تكون أضرارا متوقعة أو أضرارا غير متوقعة . أما الأضرار غير المباشرة ، وهى التى لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدث الضرر إذ كان المضرور يستطيع توقيها ببذل جهد معقول ، فإن علاقة السببية بينها وبين الخطأ تنقطع ، ولا تعويض عنها .

الفرع الثانى

آثار المسئولية

٣٨٢ — دعوى المسئولية وجزاؤها : إذا توافرت أركان المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية فيما بينهما ، تحققت المسئولية وترتبت عليها آثارها ، فوجب على المسئول تعويض الضرر الذى أحدثه بخطأه . فالتعويض إذن هو الأثر الذى يترتب على تحقق المسئولية ، وهو جزاؤها . ويصل

المضرور إلى التعويض عادة عن طريق دعوى يرفعها على المسئول . هي دعوى المسئولية .

فنستعرض في مبحثين متعاقبين : (١) دعوى المسئولية (٢) جزاء المسئولية (التعويض) .

المبحث الأول

دعوى المسئولية

(Action en responsabilité)

٣٨٣ — مسائل أربع : نستعرض في دعوى المسئولية المسائل الأربع الآتية : (١) طرفي الدعوى : المدعي والمدعى عليه (٢) الطلبات والدفوع . ويدخل في ذلك تقادم دعوى المسئولية (٣) الإثبات (٤) الحكم الصادر في دعوى المسئولية وطرق الطعن فيه .

المطلب الأول

طرفا الدعوى

§ ١ – المدعي

٣٨٤ — المدعي هو المضرور : المدعي في دعوى المسئولية هو المضرور . فهو الشخص الذي يحق له أن يطالب بالتعويض[1] . ويقوم نائبه مقامه

---

(١) ويقع ، في الأضرار الأدبية ، أن يعلن المضرور عن رغبته في النزول عما يحكم له به من تعويض لجهة خيرية أو لمؤسسة تعمل للمصلحة العامة . والمحظور أن يطلب المضرور من المحكمة القضاء مباشرة بالتعويض لهذه الجهة ، ولا تستطيع المحكمة في هذه الحالة أن تجيبه إلى هذا الطلب ، لأن الجهة الخيرية التي عينها المضرور لم يصبها أي ضرر . أما إذا طلب المضرور الحكم بالتعويض لنفسه وأعلن في الوقت ذاته عن رغبته في النزول عن هذا التعويض لجهة خيرية ، فلاشيء يمنع من ذلك . ويجوز أن يشير الحكم إلى هذا الأمر ، ولا يكون في هذه الإشارة مخالفة للقانون تستوجب نقض الحكم (نقض جنائي ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢١٦ ص ٥٢٠ – ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الدائرة الجنائية بمحكمة النقض خلال ٢٥ عاما =

فى ذلك . ونائب المضرور هو وليه أووصيه أو القيم أو السنديك فى حالة إفلاس المضرور أو الوكيل إذا كان المضرور رشيداً .

والمدعى ، بعد المضرور ، هو خلفه . وهنا يجب التمييز بين الضرر المادى والضرر الأدبى . ففى الضرر المادى تنتقل دعوى التعويض إلى الخلف . فيستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذى كان مورثه يطالب به لو بقى حيا(١) ، ويستطيع دائن المضرور أن يطالب بهذا التعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة(٢) ، ويستطيع المضرور أن يحول حقه فى التعويض إلى شخص آخر فينتقل هذا الحق إلى المحال له . أما الضرر الأدبى ، فقد قدمنا أنه لاينتقل إلى خلف المضرور إلا إذا تحدد بموجب اتفاق أوطالب به المضرور أمام القضاء . فإذا تحدد التعويض على هذا النحو بالتراضى أو بالتقاضى ، أمكن أن ينتقل حق التعويض إلى الوارث ، وجاز لدائن المضرور أن يطالب به عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وصح للمضرور أن يحوله للغير .

= رقم ٢٥١ ص ٦٣٨ – استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م١٢ ص ١٣٤ – ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٠٥) . فإذا وقع ذلك ، بقى أن نعرف هل تكسب الجهة الخيرية حقاً قبل المضرور فى أن ينزل لها عن التعويض الذى قضى له به ؟ إذا طبقنا القواعد العامة ، رأينا أن المضرور لايلتزم بإرادته المنفردة نحو الجهة الخيرية ، لأن الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبها إلا فى أحوال منصوص عليها . ولكن يجوز أن يعتبر إعلان المضرور رغبته فى النزول عن التعويض للجهة الخيرية إيجابا منه يعد فيه بهبة حق ثابت له ستقوم المحكمة بتحديد مقداره ، وإذا قبلت الجهة الخيرية هذا الإيجاب اصبح المضرور ملتزما بهذا الوعد بالهبة ، مع مراعاة أن الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية (م ٤٩٠ مدنى) . انظر عكس ذلك مازو ٢ فقرة ١٨٦٨ ص ٦٩٦ – حسين عامر فى المسئولية المدنية فقرة ٤١٧ .

(١) وللوارث دعويان : الدعوى التى يرثها عن المضرور فيرفعها بوصفه خلفاً ، ودعواه الشخصية عن الضرر الذى أصابه مباشرة ويرفعها بوصفه أصيلا . وإذا كان الضرر المادى الذى أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات فى الحال ، جاز القول إن الموت ضرر مادى ينتقل حق التعويض عنه إلى الوارث بوصفه خلفاً . والضرر هنا أصاب الميت لا قبل الموت لأن الضرر لم يكن قد وقع ، ولا بعد الموت لأن الميت لا يجوز فى حقه وقوع الضرر ، ولكن عند الموت فانتقل حق التعويض إلى الوارث – أما الضرر الأدبى الذى أصاب الميت ، فقد قدمنا أن حق التعويض عنه لا ينتقل إلى ورثته (انظر آنفاً فقرة ٣٦٢) .

(٢) ودائن المضرور عندما يرفع الدعوى غير المباشرة إنما يكون نائباً عن مدينه (م٢٣٦ مدنى) ، فالأولى أن يقال إن دائن المضرور نائب لا خلف ، ولكن جرت العادة أن يوضع الدائن بجانب الخلف .

٣٨٥ — صور التعويض لكل مضرور : قد يتعدد المضرورون عن الخطأ الواحد ، فيصيب كل مضرور ضرر مستقل عن الضرر الذى أصاب الآخر كحريق تنشب بخطأ شخص فتحرق منازل عدة ، أو يكون الضرر الذى أصاب أحد المضرورين ليس إلا انعكاسا أو ارتدادا (par ricochet) للضرر الذى أصاب الآخر كشخص يقتل شخصاً ويكون للمقتول قريب يعوله فضرر القريب ليس إلا انعكاسا لضرر المقتول فهو ضرر مرتد . وفى الحالتين يكون لكل مضرور — كل من أصحاب المنازل التى احترقت أو كل من المقتول وقريبه — دعوى تعويض شخصية مستقلة يرفعها باسمه خاصة . ولا تضامن ما بين المضرورين بل يقدر القاضى تعويض كل منهم على حدة .

وقد يقع الضرر على جماعة ، فيجب التمييز بين ما إذا كانت هذه الجماعة ذات شخصية معنوية أو كانت لا تتمتع بهذه الشخصية . فإذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية كشركة أو جمعية أو نقابة ، وجب التفريق بين المصلحة الفردية (intérêt individuel) لأى فرد من الأفراد التى تتكون منها الجماعة . والمصلحة الجماعية الشخصية (intérêt social personnel) للشخص المعنوى ذاته ، والمصلحة الجماعية العامة (intérêt collectif) التى يقوم عليها هذا الشخص المعنوى باعتباره منتميا إلى حرفة معينة . فنقابة العمال مثلا ، لكل عامل من أعضائها مصلحة فردية ، فإذا وقع اعتداء على هذه المصلحة — كما إذا منعت النقابة العامل من ممارسة العمل دون حق — جاز للعامل أن يرجع على النقابة لحماية مصلحته الفردية . وللنقابة مصالح جماعية شخصية ، فهى تملك مالا ولها نشاط وتتعاقد وتمارس اختصاصاتها المختلفة ، فإذا وقع اعتداء على مصلحة شخصية لها من هذا القبيل كانت النقابة كشخص معنوى هى المضرور ، كما إذا ارتكب أحد مديرى النقابة خطأ فى إدارته سبب خسارة للنقابة ، فترجع النقابة بالتعويض على المسئول ولا يجوز لأى عضو من أعضاء النقابة أن يعتبر نفسه هو المضرور . ونقابة العمال يعهد إليها بالدفاع عن المصالح العامة للعمل ، فلها أن ترجع على أى شخص اعتدى على هذه المصالح العامة . فترجع على صاحب عمل لم يراع قوانين العمل فى مصنعه — وإذا كانت الجماعة لا تتمتع بشخصية معنوية ، كرجال الجيش ورجال القضاء ورجال الإدارة والخبراء ، فإن لهذه الجماعة مصالح عامة قد

يعتدى عليها ، فهل يجوز للجماعة أن ترجع بالتعويض على المعتدى ؟ مادامت الجماعة لاتتمتع بالشخصية المعنوية فليس لها ذلك ، فإذا اعتدى شخص على الجماعة بالقذف فى حقها مثلا ، لم يجز لأحد باعتباره ممثلا للجماعة أن يرجع على المسئول بالتعويض . وإنما يجوز لأى فرد من أفراد الجماعة أن يطالب المسئول بالتعويض ، بشرط أن يثبت أن ضرراً شخصياً قد لحقه من جراء هذا الاعتداء .

§ ٢ – المدعى عليه

٣٨٦ – المدعى عليه هو المسئول أو نائبه أو خلفه : يكون المسئول هو المدعى عليه فى دعوى المسئولية . فإذا كان مسئولا عن الغير جاز رفع دعوى المسئولية عليه وحده دون إدخال المسئول الأصلى . وللمسئول عن الغير إدخال المسئول الأصلى ضامنا .

ويقوم مقام المسئول نائبه ، كالولى[1] والوصى والقيم والسنديك ، ويحل محل المسئول خلفه كالوارث ، ولكن التركة هى التى تكون مسئولة بعد موت المسئول وترفع الدعوى على الوارث بصفته ممثلا للتركة . ويجوز أيضاً أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين . كما إذا باع صاحب المتجر متجره واشترط على المشترى أن يفى بجميع ديون المتجر وفيها دين تعويض بسبب منافسة غير مشروعة .

٣٨٧ – تعدد المسئولين : قدمنا أن المادة ١٦٩ مدنى قد قضت بأنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر[2] ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت الدعوى المدنية وجهت إلى المتهم القاصر بصفته الشخصية مع أن له من يمثله قانوناً وهو فى هذه الدعوى والده ، ولم ترفع الدعوى على الوالد بهذه الصفة ، فإن المحكمة إن قبلتها على الصورة التى رفعت بها تكون قد أخطأت فى القانون (نقض جنائى ١٤ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٨ رقم ٢٠١ ص ٩٦٩) .

(٢) ولو لم يكن بينهم سبق اتفاق على الاعتداء (نقض جنائى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٦ رقم ٩٧ ص ٢٨٨ – ١٦ يونيه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٩ رقم ١٧١ ص ٦٧٦ – ١١ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١٢ رقم ٢٠١ ص ٩٦٩) .

وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض . فتعدد المسئولين يجعل كل مسئول مدعى عليه . ويجعلهم جميعا متضامنين فى المسئولية . فيستطيع المضرور أن يقيم الدعوى عليهم جميعا ، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء ويجعله هو المدعى عليه وحده ويطالبه بالتعويض كاملا . ثم يرجع من دفع التعويض على الباقى كل بحسب جسامة الخطأ أو بالتساوى على النحو الذى قدمناه(١) .

ويجب ، حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددين . أن تتوافر شروط ثلاثة : (١) أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ . فورثة المسئول لا يكونون مسئولين بالتضامن إلا باعتبار أن التركة هى المسئولة ، أما هم فلا تضامن بينهم لأن أحداً منهم لم يرتكب خطأ . بل المورث هو الذى صدر منه الخطأ .(٢) أن يكون الخطأ الذى ارتكبه كل منهم سبباً فى إحداث الضرر ، فإذا أطلق خطأ جماعة من الصيادين بنادقهم فى وقت واحد . فأصيب أحد العابرة برصاصة من أحدهم . فإن الباقى لايكونون مسئولين معه بالتضامن لأن الأخطاء التى وقعت منهم لم تكن سبباً فى إحداث الضرر . بل لايكونون مسئولين أصلا لأنهم لم يحدثوا ضررا ما . (٣) أن يكون الضرر الذى أحدثه كل منهم بخطأه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون ، أى أن يكون الضرر الذى وقع منهم هو ضرر واحد . فإذا سرق أحد اللصوص عجلة السيارة ، وجاء لص آخر فسرق من السيارة بعض الآلات . لم يكن اللصان متضامنين لأن كلا منهما أحدث بخطأه ضرراً غير الضرر الذى أحدثه الآخر(٢) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٧٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا محل لتضامن المتهمين عند اختلاف الضرر واستقلال كل منهم بما أحدثه ، ولو وقعت تلك الأفعال جميعاً فى مكان واحد وزمان واحد (نقض جنائى ١١ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٦ رقم ١٨ ص ٤٩) .

وهذه هى الشروط الثلاثة التى إذا توافرت تحقق التضامن ، دون حاجة لأى أمر آخر . فلا ضرورة لأن يكون هناك تواطؤ ما بين المسئولين أو أن ترتكب الأخطاء فى وقت واحد ، فإذا حاول لص سرقة منزل فنقب فيه نقباً ثم ذهب ليستحضر مايستعين به على السرقة فأتى لص آخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من النقب وسرق المنزل ، فإن اللصين يكونان مسئولين بالتضامن مع أنهما غير متواطئين ولم يرتكبا الخطأين فى وقت واحد . ولاضرورة لأن تكون الأخطاء من نوع واحد . فقد يكون أحد الخطأين عمداً والآخر غير عمد ، وقد يقترن خطأ =

وإذا ارتكب الخطأ جماعة . فإن كانت هذه الجماعة غير متمتعة بالشخصية المعنوية ، فلا يمكن بوصفها جماعة أن ترتكب خطأ . وإنما يرتكب الخطأ في هذه الحالة عضو أو أكثر من أعضاء هذه الجماعة أو جميع الأعضاء ، ولكن باعتبارهم أفراداً لا جماعة . وإذا كانت الجماعة متمتعة بالشخصية المعنوية ، فالمسئول الذى تقام عليه الدعوى هو الشخص المعنوى ذاته . ولكن هذا لا يمنع من أن الخطأ الذى يرتكبه الشخص المعنوى يرتكبه فى الوقت ذاته ممثلوه بوصفهم أفراداً ، فيكون المسئول هو الشخص المعنوى والممثلون متضامنين جميعا فى المسئولية . فإذا دفع الشخص المعنوى التعويض ، رجع على ممثليه بكل ما دفع ، دون أن يخصم نصيبا عن مسئوليته لأنه لا مسئولية عليه فى العلاقة فيما بينه وبين ممثليه إذ هم الذين ارتكبوا الخطأ فى الواقع . واذا دفع الممثلون التعويض ، فلا رجوع لهم على الشخص المعنوى .

المطلب الثانى

الطلبات والدفوع

§ ١ – طلبات المدعى

٣٨٨ — سبب دعوى المسئولية : السبب (cause) فى دعوى المسئولية

= جسيم بخطأ يسير ، وقد يكون أحد الخطأين جنائيا ويكون الآخر مدنيا ، أو يكون أحدهما عملا ويكون الآخر امتناعاً عن عمل . مثل ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحاً فيدخل لص ويسرق المنزل ، فيكون اللص والخادم متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين ، فأحدهما عمد والآخر غير عمد ، وأحدهما جنائى والآخر مدنى ، وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل . وقد تكون الأخطاء كلها ثابتة أو كلها مفترضة ، أو يكون بعضها ثابتا ويكون بعضها مفترضاً ، فسائق السيارة ومالكها مسئولان بالتضامن عن خطأ السائق الثابت مع أن خطأ المالك مفترض .

فإذا كان أحد الخطأين عقدياً وكان الخطأ الآخر تقصيرياً ، كما إذا تعاقد عامل فنى مع صاحب مصنع على أن يعمل فى مصنعه مدة معينة وأخل بتعهده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل الفنى مسئولا عن خطأ عقدى وكان صاحب المصنع المنافس مسئولا عن خطأ تقصيرى ، ويكون الاثنان مسئولين بالتضامم (**in solidum**) لا بالتضامن (**solidarité**) ، وسنبين الفرق بين التضامن والتضامم عند الكلام فى التضامن. وقد قضت محكمة النقض بأن القانون لم يقرر التضامن فى الالتزام بتعويض الضرر إذا كان أحد المسئولين مسئولا مسئولية عقدية وكان الآخرون مسئولين مسئولية تقصيرية (نقض مدنى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٢ ص ١٠٢٢) .

هو إخلال المسئول بمصلحة مشروعة للمضرور . سواء كانت الوسيلة (moyen) التي يتمسك بها المضرور هي أن المسئول ارتكب خطأ عقديا أو خطأ تقصيريا ، وسواء كان الخطأ التقصيري خطأ ثابتا أو خطأ مفترضا ، وسواء كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس أو لا يقبل ذلك . فليست هذه كلها إلا وسائل يستند إليها المدعي في دعواه . وقد ينتقل في أثناء الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، من وسيلة إلى أخرى . فيستند مثلا إلى الخطأ التقصيري ثم يتركه إلى الخطأ العقدي ثم يرجع بعد ذلك إلى الخطأ التقصيري ولكن يدعيه مفترضا ، فهو في ذلك كله قد غير الوسائل التي يستند إليها دون أن يغير سبب دعواه . بل يجوز للقاضي ، وقد رفعت الدعوى أمامه بالاستناد إلى الخطأ العقدي ، أن يبني حكمه على خطأ تقصيري دون أن يكون بذلك قد قضى في شيء لم تطلبه الخصوم ، فهو إنما استند إلى وسائل لم تبدها الخصوم وهذا جائز . ولكن لا يجوز للمدعي أن يغير الوسائل التي يستند إليها لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذ لا يجوز إبداء وسائل جديدة أمام هذه المحكمة . ويترتب على ما تقدم أن المدعي إذا رفع دعواه مستنداً إلى الخطأ التقصيري مثلا فرفضت الدعوى ، فإن الحكم يحوز قوة الأمر المقضي ولا يستطيع المدعي أن يعود إلى القضاء مستنداً إلى الخطأ العقدي ، والعكس صحيح . ذلك أن السبب لم يتغير بالانتقال من نوع من الخطأ إلى نوع آخر ولم تتغير كذلك الخصوم والموضوع ، وهذه هي شروط الأمر المقضي .

وعلى هذا الرأي سارت محكمة النقض في دائرتها المدنية(١) . أما الدائرة

---

(١) وقد قضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض بأن الراجح في باب قوة الشيء المحكوم فيه اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق في التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه — كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه ، لأن ذلك جميعاً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens) . فهما كانت طبيعة المسئولية التي بحثها القاضي في حكمه الصادر برفض دعوى التعويض ، ومهما كان النص القانوني الذي استند إليه المدعي في طلباته أو النص الذي اعتمد عليه القاضي في حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع المضرور من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لأنه يعتبر دالا بالاقتضاء على انتفاء مسئولية المدعى عليه قبل المدعي عما ادعاه عليه أيا كانت المسئولية التي أسس عليها طلبه ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله في دعوى التعويض ، وإن لم يتناوله البحث بالفعل فيها ، ولم يكن ليبرر الحكم للمدعي على خصمه بتعويض ما (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) .

الجنائية فسايرت القضاء الفرنسي ، وجرت على أن المدعى لا يجوز له أن يعدل عما استند إليه من نوع الخطأ . فيترك الخطأ العقدى مثلا إلى الخطأ التقصيرى أو يترك الخطأ الثابت إلى الخطأ المفترض ، وإلا كان ذلك طلبا جديداً لا يجوز له أن يتقدم به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف(١). كذلك إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من الخطأ كالخطأ العقدى . لم تحز الحكم قوة الأمر المقضى بالنسبة إلى نوع آخر من الخطأ ، وجاز رفع دعوى المسئولية من جديد على أساس الخطأ التقصيرى . ولا يحول دون ذلك قوة الأمر المقضى ، لأن السبب — وهو هنا نوع من الخطأ لا الخطأ عامة — قد تغير(٢) .

٣٨٩ — موضوع دعوى المسئولية : وموضوع دعوى المسئولية ، وهو الطلب الذى يتقدم به المدعى . هو التعويض عن الضرر الذى أصابه . ويقدره كما يرى . ولا يجوز للقاضى أن يزيد عما طلبه المدعى وإلا قضى فيما لم يطلبه الخصوم ، ولكن يجوز له أن يقضى بأقل . كذلك لا يجوز للمدعى أن يزيد مقدار ما يطالبه من التعويض فى الاستئناف لأول مرة ، لأن ذلك يعد طلبا جديداً . وقد قدمنا أن المدعى يستطيع أن يطالب بتعويض موقت ، على أن

---

(١) ورجال العمل فى فرنسا ينصحون المدعى أن يستند فى دعواه إلى جميع النصوص الخاصة بالمسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، حتى لا تفوت عليه فرصة فى كسب دعواه مهما كان رأى القاضى فى الوسيلة التى يجب أن تستند إليها الدعوى .

(٢) وقد أصدرت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض أحكاما عديدة فى هذا المعنى . فقضت بأن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥١ مدنى (قديم) باعتبار المدعى عليه مسئولا عن فعل نفسه ، تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ مدنى (قديم) باعتبار المدعى عليه مسئولا عن فعل غيره . وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن تغير السبب الذى تقام عليه الدعوى أمامها ، وإلا تكون قد تجاوزت سلطتها وحكمت بما لم يطلب منها الحكم به (نقض جنائى أول فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٦١ ص ٤٨٠) — وانظر أيضاً : نقض جنائى ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢ (لا يجوز للمحكمة التحول من المسئولية التقصيرية إلى المسئولية العقدية) — ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١ (أحد المتهمين هو وحده الذى قارف الجريمة وحكم عليه بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية ، فلا يجوز الحكم على متهم آخر ، حكم ببراءته ، على أساس المسئولية العقدية) — ٧ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٣ رقم ١٤٥ ص ٣٨٤ (لا يجوز للمحكمة تغيير الدعوى من المسئولية عن الفعل الشخصى إلى المسئولية عن فعل التابع أو العكس) .

يعود بعد ذلك فى دعوى جديدة إلى طلب التعويض النهائى عندما تثبت المسئولية نهائيا أو عندما يتحدى مدى الضرر .

ويجوز للقاضى أن يغير كيفية التعويض دون أن يكون فى ذلك تعديل فى الطلبات ، فقد يطلب المدعى مبلغا من النقود فيحكم القاضى بإيراد مرتب ، وقد يطلب تعويضاً عينيا فيحكم له القاضى بتعويض نقدى . وقد يغير المدعى من كيفية التعويض الذى طلبه ويكون ذلك لأول مرة فى الاستئناف ، كما لو طلب تعويضاً نقديا أمام المحكمة الابتدائية ثم طلب فى الاستئناف تعويضاً عينيا مصحوبا بتهديد مالى .

§ ٢ – دفوع المدعى عليه (التقادم)

٣٩٠ — الدفوع : يدفع المدعى عليه دعوى المسئولية بأحد أمرين : (١) إما أن ينكر قيام المسئولية ذاتها . فيدعى أن ركنا من أركانها من خطأ أو ضرر أو سببية لم يتوافر . (٢) أو أن يعترف بأن المسئولية قد قامت ، ولكنه يدعى أن الالتزام بالتعويض المترتب عليها قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام [١] .

وفى كل ذلك تطبق القواعد العامة . ونقف قليلا عند الدفع بالتقادم ، فقد أدخل التقنين المدنى الجديد تعديلا هاما فى هذا الصدد .

٣٩١ — الدفع بالتقادم : تنص المادة ١٧٢ مدنى على أنه « ١– تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع

---

(١) وهناك دفع خاص بدعوى المسئولية المدنية ، إذا رفعت أمام المحكمة المدنية عن جريمة رفعت الدعوى الجنائية فى شأنها أمام المحكمة الجنائية . فإن الدعوى الجنائية تقف فى هذه الحالة من سير الدعوى المدنية ، حتى يفصل نهائيا فى الدعوى الجنائية **(le criminel tient le civil in état)** . وتنص المادة ٢٦٥ من تقنين الإجراءات الجنائية على أنه « إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية ، يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً فى الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو فى أثناء السير فيها . على أنه إذا وقف الفصل فى الدعوى الجنائية لجنون المتهم ، يفصل فى الدعوى المدنية » .

العمل غير المشروع . ٢ – على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية[1] » .

فيجب التمييز إذن بين ما إذا كانت دعوى المسئولية التقصيرية قد قامت على خطأ مدنى لا يعتبر جريمة ، أو كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة جنائية[2] .

ففى الحالة الأولى تسقط دعوى المسئولية بأقصر المدتين الآتيتين : (١) ثلاث سنوات تنقضى من اليوم الذى علم فيه المضرور بالضرر وبالشخص المسئول عنه ، فلا يبدأ سريان التقادم من يوم وقوع الضرر . ويترتب على ذلك أنه قد يمضى على وقوع الضرر مدة تزيد على ثلاث سنوات دون أن تتقادم دعوى المسئولية ، وذلك إذا لم يعلم المضرور بالضرر وقت وقوعه[3] أو علم به وقت وقوعه ولكنه لم يعلم بالشخص المسئول عنه[4] . أما إذا علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه فى اليوم الذى وقع فيه الضرر – وهذا ما يحدث غالبا – فإن دعوى المسئولية تتقادم فى هذا الفرض بانقضاء ثلاث سنوات من وقت وقوع الضرر . (٢) خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٣ (مطابق) – الليبى م ١٧٥ (مطابق) – العراقى م ٢٣٢ (موافق) – اللبنانى لا مقابل .

(٢) ويستوى فى ذلك أن تكون دعوى المسئولية قد قامت على خطأ شخصى أو كانت المسئولية عن عمل الغير أو عن الأشياء (انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٥ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٠ ص ١٠٠٧) .

(٣) كما لو أوصى شخص لآخر بمال ولم يعلم المدعى له بالوصية ، وتبين أن أحد الورثة وضع يده على المال الموصى به وأتلفه منذ مدة نفرضها خمس سنوات علم الموصى له عند انقضائها بالوصية وبالتلف وبمن أحدثه . فى هذا الفرض لا يبدأ سريان التقادم إلا بعد انقضاء خمس السنوات . ولا تتقادم دعوى المسئولية إلا بانقضاء ثلاث سنوات من ذلك اليوم . أى بانقضاء ثمانى سنوات من وقت وقوع الضرر .

(٤) كما لو اصطدم المضرور بسيارة لم يعرف سائقها ، ثم اهتدى إلى معرفته بعد سبع سنوات مثلا ، فهنا أيضاً لا تتقادم دعوى المسئولية إلا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بالشخص المسئول ، أى بانقضاء عشر سنوات من وقت وقوع الضرر . واستخلاص علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه من المسائل المتعلقة بالواقع ، على أن تكون الأسباب التى بنى عليها الحكم استخلاصه من شأنها أن تؤدى عقلا إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم (نقض مدنى ٥ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٠ ص ١٠٠٧) .

وهذا لايتحقق إلا إذا كان المضرور لم يعلم بوقوع الضرر أو بالشخص المسئول عنه إلا بعد مدة طويلة نفرضها أربع عشرة سنة مثلا . فى هذا الفرض النادر تتقادم دعوى المسئولية بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر ، لأن هذه المدة أقصر من مدة سبع عشرة سنة وهى المدة التى كانت تتقادم بها الدعوى لو أن مدة التقادم كانت ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه ، إذ أن هذه المدة الأخيرة لاتنقضى إلا بثلاث سنوات بعد انقضاء أربع عشرة سنة(١) .

وفى الحالة الثانية ، إذا نشأت دعوى المسئولية عن جريمة كجناية قتل مثلا ، تتقادم الدعوى فى الأصل بأقصر المدتين السابقتى الذكر ، ونفرض أن هذه المدة الأقصر تقل عن عشر سنوات . فينتج عن ذلك الموقف الشاذ الآتى : تتقادم الدعوى المدنية قبل أن تكون الدعوى الجنائية قد تقادمت ، فإن هذه لاتتقادم إلا بعشر سنوات (م ١٥ إجراءات جنائية) . فيجوز إذن إيقاع عقوبة جنائية على الجانى دون التمكن من إلزامه بالتعويض وهو أقل خطراً من العقوبة الجنائية ، فيما لو تقادمت الدعوى المدنية ولم تتقادم الدعوى الجنائية. هذا الموقف الشاذ هو الذى أراد القانون أن يتفاداه . فنص على أن الدعوى المدنية لاتتقادم فى هذه الحالة بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ، ولاتسقط إلا بسقوطها ، وذلك حتى يتمكن المضرور فى الوقت الذى يعاقب فيه الجانى أن يتقاضى منه التعويض المدنى(٢) .

---

(١) وقد رأينا أن التقنين المدنى جعل التقادم بأقصر هاتين المدتين فى دعوى بطلان العقد ، وسنرى أنه سار على هذا النهج فى الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلاسبب ودفع غير المستحق والفضالة ، وهانحن نراه يسير على النهج ذاته فى الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع . وقد استبقى الالتزامات الناشئة عن العقد فجعلها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، لأنها التزامات أرادها المتعاقدان فترتبت فى ذمة الملتزم بارادته هو ، وهذا بخلاف الالتزامات الأخرى فقد فرضها القانون على الملتزم .

(٢) أما العكس فستساغ : تسقط الدعوى الجنائية قبل أن تسقط الدعوى المدنية . فإذا لم تعلم الورثة بقتل مورثهم إلا بعد عشر سنوات من وقوع جناية القتل ، فإن الدعوى الجنائية تكون قد سقطت بالتقادم ، ومع ذلك تبقى الدعوى المدنية إذ هى لم تتقادم (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢) . ومثل ذلك أيضاً أن تكون الجريمة التى نشأت عنها دعوى المسئولية مخالفة بسيطة تتقادم فيها الدعوى الجنائية بسنة واحدة (١٥ إجراءات جنائية) ، فتكون الدعوى المدنية قائمة بعد انقضاء الدعوى الجنائية ، إذ لاتتقادم الدعوى الأولى بأقل من ثلاث سنوات .

المطلب الثالث

الإثبات

٣٩٢ — الإثبات بجميع الطرق : لما كانت أركان المسئولية التقصيرية كلها وقائع مادية ، فإن إثبات أية واقعة منها يجوز بجميع الطرق ، وبخاصة البينة والقرائن[١] .

٣٩٣ — ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي : تنص المادة ٤٠٦ مدني على أنه « لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا[٢] » . فيشترط إذن لتقييد القاضي المدني بالحكم الجنائي شروط ثلاثة :

أولا — أن يكون المطلوب تقييده هو القضاء المدني : أما القضاء الجنائي فلا يتقيد بالقضاء المدني ، ولا يتقيد إلا بقضاء جنائي مثله ، مع مراعاة الشروط المعروفة من وحدة الخصوم والموضوع والسبب . والذي يتقيد بالقضاء الجنائي هو القضاء المدني بمعناه الواسع . فيشمل القضاء المدني والقضاء التجاري بل والقضاء الإداري .

ثانيا — أن يكون الحكم الذي يتقيد به القاضي المدني هو حكم جنائي : ويجب أن يكون حكما نهائيا صادراً في الموضوع . فلا يجوز أن يكون حكما تحضيريا أو تمهيديا أو أمراً متعلقاً بعمل من أعمال التحقيق الجنائي أو قرارا صادراً من النيابة العامة[٣] . ويجب كذلك أن يكون سابقا في صدوره على الحكم المدني الذي يراد تقييده ، إذ لو كان الحكم المدني سابقا واستقرت به حقوق الطرفين لم يجز المساس به بسبب حكم جنائي يصدر بعده[٤] .

---

(١) نقض مدني ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٤ ص ٧٥ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري (مطابق) — الليبي م ٣٩٤ (مطابق) — العراقي م ٥٠٤ (مطابق) .

(٣) كقرار الحفظ الذي تصدره النيابة العامة أيا كان سببه (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣ ص ٧) .

(٤) نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٣ ص ٥٢٥ . والذي يقع كثيراً أن يكون الحكم الجنائي سابقا في صدوره على الحكم المدني ، وذلك بفضل القاعدة التي تقضي بأن الدعوى الجنائية تقف من سير الدعوى المدنية .

ثالثا – أن يكون ما يتقيد به القاضى المدنى هو الوقائع التى فصل فيها الحكم الجنائى وكان فصله فيها ضروريا : فيتقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع دون القانون ، فلا يتقيد بالتكييف القانونى الذى اتبعه القاضى الجنائى لهذه الوقائع من الناحية الجنائية . فإذا حكم القاضى الجنائى ببراءة سائق السيارة من تهمة القتل خطأ لأن الوقائع التى ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية بأنها خطأ معاقب عليه ، لم يتقيد القاضى بهذا التكييف الجنائى ، بل يلتزم التكييف المدنى وهو يفترض الخطأ فى جانب السائق . ولا يتقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضروريا لقيام الحكم الجنائى . أما ما لم يكن ضروريا من هذه الوقائع . فلا يتقيد به القاضى المدنى مهما أكده القاضى الجنائى[1]. فإذا صدر حكم جنائى بالإدانة وعرض لركن الضرر فأنكر وقوعه ، لم يتقيد القاضى المدنى بهذا إلا إذا كان وقوع الضرر أو عدم وقوعه من شأنه أن يؤثر فى منطوق الحكم الجنائى . فإذا قال القاضى الجنائى إن ضرراً ما لم يقع على المجنى عليه ، ولم يكن وقوع الضرر ركنا فى الجريمة ، لم يتقيد القاضى المدنى بما قاله القاضى الجنائى ، وله أن يثبت فى حكمه أن المجنى عليه قد أصابه ضرر ، إذ لا خوف من التعارض ما بين الحكمين الجنائى والمدنى لأنه حتى لو أصيب المجنى عليه بضرر فإن الحكم الجنائى يبقى مع ذلك صحيحاً . وإذا حكم القاضى الجنائى بأن الضرر لم يقع وبنى على ذلك أن الجريمة شروع لا فعل تام ، تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ولم يستطع أن يقول إن الضرر قد وقع . لأن هذا يتعارض مع الحكم الجنائى فى مسألة لو صح فيها الحكم المدنى لانهدم الحكم الجنائى وهو يقوم على أن الجريمة شروع لا فعل تام . وإذا أثبت الحكم الجنائى وقوع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص المادة ٤٥٦ من تقنين الإجراءات الجنائية أن حجية الحكم الجنائى الصادر من المحكمة الجنائية فى موضوع الدعوى الجنائية أمام المحاكم المدنية قاصرة على منطوق الحكم الصادر بالبراءة أو بالإدانة بالنسبة إلى من كان موضع المحاكمة ، ودون أن تلحق الأسباب التى لم تكن ضرورية للحكم بهذه البراءة أو تلك الإدانة . فإذا لم يكن الخصم متهماً فى الحكم الجنائى الذى يتمسك بحجيته ، فلا يمكنه أن يفيد من عبارات قد يكون الحكم المذكور أوردها فى سياق أسبابه (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٢ ص ١٠٠١) .

الضرر . فإن كان وقوعه غير مؤثر فى الحكم كما لو كان حكما فى مخالفة من مخالفات المرور ، لم يتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى وله أن يثبت فى حكمه أن الضرر لم يقع لأنه حتى لو صح هذا لم ينهدم الحكم الجنائى . وإن كان وقوع الضرر مؤثراً فى الحكم الجنائى كالحكم بالإدانة فى تهمة قتل ، تقيد القاضى المدنى بأن القتل قد وقع(١) . وإذا صدر حكم جنائى ببراءة المتهم وأنكر الحكم وقوع الضرر ، فليس هذا مؤثراً فى قيامه لأن الجريمة قد تتم دون أن يقع ضرر ، فلا يتقيد القاضى المدنى بذلك . على أنه قد يكون وقوع الضرر ركنا من أركان الجريمة ، كجريمة القتل بإهمال أو الضرب الذى أفضى إلى الموت ، فإذا أنكر الحكم الجنائى القاضى بالبراءة أن القتل قد وقع أو أن الضرب أفضى إلى الموت ، فإن هذا يقيد القاضى المدنى(٢) .

---

(١) وإذا عين الحكم الجنائى الشخص الذى وقع عليه الضرر وكان هذا مؤثراً فى الحكم، تقيد به القاضى المدنى ، كما إذا أثبت القاضى الجنائى أن السرقة وقعت على الزوج أو أن هتك العرض وقع على شخص تحت سلطة المتهم . ويتقيد القاضى المدنى فى حكمه بالحكم الجنائى الذى يثبت وقوع الخطأ الجنائى ، إذ أن كل خطأ جنائى هو فى الوقت ذاته خطأ مدنى ، ولا عكس (نقض جنائى ٣ نوفبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١٠ رقم ١٨١ ص ٨٤٩) . ولذلك لا يتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى الذى ينفى الخطأ الجنائى ويقضى بالبراءة ، إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدنى دون أن يوجد خطأ جنائى . وإذا وصف الحكم الجنائى الخطأ بأنه عمد أو غير عمد ، فإن القاضى المدنى يتقيد بهذا الوصف ، لأن وصف الخطأ الجنائى بأنه عمد أو غير عمد من شأنه أن يؤثر فى وصف الجريمة ذاتها . وإذا وصف الحكم الجنائى الخطأ بأنه جسيم أو يسير ، فإن هذا ليس من شأنه أن يؤثر فى الحكم الجنائى وإن أثر فى تقدير العقوبة ، فلا يتقيد به القاضى المدنى لأن الخطأ الجسيم من الناحية الجنائية ليس هو حتما الخطأ الجسيم من الناحية الجنائية .

(٢) وإذا قال الحكم الجنائى إن المتهم لم يرتكب الخطأ المنسوب إليه أو أن الخطأ وقع منه فى ماديته ولكنه غير مسئول عنه لأنه عديم التمييز أو لأنه أكره عليه أو لأنه كان يدافع عن نفسه ففى كل هذه الأحوال يتقيد القاضى المدنى بما أثبته الحكم الجنائى . وإذا كانت المحكمة الجنائية قد قضت ببراءة المتهم من جريمة تزوير السند وبرفض الدعوى المدنية قبله ، وأسست قضاءها فى ذلك على أن التهمة محوطة بالشك ، مما مفاده أن الحكم بالبراءة مبنى على عدم كفاية الأدلة، وأصبح هذا الحكم انتهائيا ، فإنه ما كان يجوز للمحكمة المدنية أن تجيز الادعاء بتزوير هذا السند وأن تقضى برده وبطلانه (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٠٢ ص ٧١٥) .

المطلب الرابع
الحكم الصادر فى دعوى المسئولية

§ ١ - طرق الطعن فى الحكم الصادر فى دعوى المسئولية

٣٩٤ - طرق الطعن بوجه عام : لايختلف الحكم الصادر فى دعوى المسئولية عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . فهو إذا صدر من محكمة الدرجة الأولى يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف . أما طرق الطعن غير العادية فهى النقض والتماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذى يتعدى إليه الحكم . وتطبق فى شأن جميع هذه الطرق القواعد المقررة فى قانون المرافعات . ونقف قليلا عند الطعن بطريق النقض .

٣٩٥ - الطعن بطريق النقض : تتبع فى شأن هذا الطعن القواعد المقررة فى قانون المرافعات ، كما قدمنا . ومن هذه القواعد أنه لا يجوز لأول مرة أمام محكمة النقض أن تقدم لا طلبات جديدة (demandes nouvelles) ولا وسائل جديدة (moyens nouveaux) ، بخلاف محكمة الاستناد فيجوز أن تقدم إليها الوسائل الجديدة دون الطلبات . ومن ثم لا يجوز الاستناد لأول مرة أمام محكمة النقض على الخطأ التقصيرى المفترض والخطأ العقدى إذا كان المدعى قد استند أمام محكمة الموضوع على الخطأ التقصيرى الثابت ، ويجوز ذلك أمام محكمة الاستئناف على خلاف فى الرأى بيناه فيما تقدم [١].

بقى أن نحدد ماهو الواقع الذى لايخضع لرقابة محكمة النقض ، وماهو القانون الذى يخضع لرقابتها ، فى شأن أركان المسئولية الثلاثة : الخطأ والضرر والسببية .

فنى الخطأ لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التى تقدم لإثبات هذا الركن [٢] . أما التكييف القانونى لهذه

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٢) أولنفيه . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد استقر على نفى المسئولية التقصيرية بناء على أسباب سائغة استخلصها نتيجة لفهم سليم للواقع وتطبيق صحيح للقانون ، فإنه =

الوقائع وهل يصح أن توصف بأنها خطأ ، وهل هذا الخطأ تقصيرى أو عقدى ، وهل يكفى أن يكون مفترضا أو يجب إثباته ، وهل إذا كان مفترضا يجوز إثبات العكس أو لا يجوز ، فإن هذه كلها مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض[1] .

وفى الضرر لا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية ، فإذا قررت أن المضرور قد أصابه جرح أو أن سيارته قد تلفت فلا تعقيب لمحكمة النقض[2] . أما التكييف القانونى لهذه الوقائع وهل تكفى لتكوين ركن الضرر ، وهل هذا الضرر محقق أو محتمل ، وهل هو ضرر مباشر أو غير مباشر ، وما هو الضرر الأدبى وهل يجب تعويضه ، فإن كل هذا من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض[3] .

وفى السببية لا معقب على محكمة الموضوع فيما تسجله من الوقائع التى يستفاد منها قيام علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر[4] . أما تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية وهل هى كافية لإيجاد علاقة السببية ، وما هو

= لا يكون ثمة محل للنعى عليه فى ذلك (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٩٩ ص ٨٧٨) .

(١) نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٨ ص ٣٠٠ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٧ ص ٢١٤ – كذلك تعتبر مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ما إذا كان الركن المعنوى متوافراً فى الخطأ ، وهل انعدام التمييز من شأنه ألا يجعل الخطأ قائماً ، وهل قامت أسباب من شأنها أن تعدم الخطأ كالدفاع الشرعى وتنفيذ أمر الرئيس وقيام حالة الضرورة ، ومتى يكون الشخص المعنوى مسئولا عن الخطأ ، وفى أى الأحوال يوجد التعسف فى استعمال الحق (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٦ ص ١١١٩) .

(٢) ولكن يجب أن يذكر الحكم ما هو الضرر الذى أصاب المدعى . وإلا اعتبر التسبيب قاصراً (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٥ ص ١٥٨) .

(٣) وتقدير مدى الضرر ، وتعيين طريقة تعويضه ، وتحديد المبلغ اللازم للتعويض إذا كان التعويض نقداً ، كل هذه من مسائل الواقع فلا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن تقسيم التعويض بالنسبة التى يوجبها القانون بين المسئول والمضرور والغير مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ١١ ص ١٢٣ – ٤ يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٠ ص ٤٧٣ – ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨) .

(٤) نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٨ ص ٥٦٥ .

السبب الأجنبي الذى تنتفى معه هذه العلاقة ، وما هى الشروط الواجب توافرها فى القوة القاهرة والحادث الفجائى وهل هناك فرق بين السببين ، وما هو الأثر الذى يترتب على فعل المضرور وفعل الغير فى تحديد مسئولية المدعى عليه ، وما الحكم إذا تعددت الأسباب ، وماذا يترتب على تعاقب الأضرار ، فكل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

ونخلص مما تقدم أن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية فى شأن الأركان الثلاثة للمسئولية من خطأ وضرر وسببية لا تعقب عليه محكمة النقض ، أما التكييف القانونى لهذه الوقائع — ويدخل فى ذلك مايجب توافره من شروط وما يترتب من أثر — فذلك يدخل فى المسائل القانونية التى تخضع لرقابة محكمة النقض .

§ ٢ — الآثار التى تترتب على الحكم الصادر فى دعوى المسئولية

٣٩٦ — الحكم ليس هو مصدر الحق فى التعويض — نشوء الحق فى التعويض منذ وقوع الضرر : الحكم ليس إلا كاشفا عن الحق فى التعويض لامنشئاً له ، وحق المضرور فى التعويض إنما نشأ من العمل غير المشروع الذى ارتكبه المسئول . وينشأ الحق من وقت قيام أركان المسئولية الثلاثة ، وإذا أردنا التحديد فمن وقت وقوع الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ . فإن الضرر إذا تراخى عن الخطأ لم تتوافر أركان المسئولية إلا بوقوعه ، ومن هذا الوقت لاقبله[١] تتحقق المسئولية فى ذمة المسئول وينشأ حق المضرور فى التعويض[٢] .

ونشوء الحق فى التعويض وقت وقوع الضرر ، لا وقت صدور الحكم ، له أهمية عملية من وجوه نذكر منها : (١) يجوز للمضرور أن يتصرف فى حقه من وقت وقوع الضرر دون أن ينتظر الحكم ، فيحول حقه إلى الغير ،

(١) وقد ينشأ الحق فى التعويض قبل وقوع الضرر ، وذلك فى حالة ما إذا كان هذا الضرر مستقبلا ولكنه محقق الوقوع .

(٢) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٦ — ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨ .

ويوقع حجزاً تحت يد مدين المسئول ، ولو أفلس المسئول حتى قبل صدور الحكم دخل المضرور فى التفليسة ، وإذا كان المسئول مؤمناً على مسئوليته كان للمضرور حق الرجوع على شركة التأمين حتى لوجد مابين وقوع الضرر وصدور الحكم ما يستوجب سقوط الحق فى التأمين .(٢) يسرى التقادم فى دعوى المسئولية ، لا من وقت صدور الحكم ، بل من وقت وقوع الضرر أو من وقت العلم بالضرر وبالمسئول عنه على التفصيل الذى سبق إيراده فى تقادم دعوى المسئولية .(٣) للمضرور ، إلى جانب التعويض الأصلى ، تعويض عن التأخير يسرى من وقت وقوع الضرر[١] ، ولايتوقف على صدور الحكم لأن الحق فى التعويض الأصلى قد نشأ من وقت وقوع الضرر. والذى يقع فى العمل أن القاضى يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن الضرر ، ويدخل فى تقديره النوعين من الضرر ، الضرر الأصلى الناشئ عن خطأ المسئول والضرر الناشئ عن التأخر فى دفع التعويض إلى يوم النطق بالحكم ، فيجمع التعويض فى مبلغ واحد[٢] .

٣٩٧ – الحكم يقوم الحق فى التعويض ويقويه : وإذا كان الحكم لاينشىء الحق فى التعويض ، فإنه مع ذلك يقوم الحق ويقدره فى الغالب بمبلغ

---

(١) ولا يتوقف هذا الحق على الإعذار ، لأن الإعذار لا ضرورة له إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٤ – ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ – وقارن استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٧٣ – ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخر منذ صدور الحكم ، ويحق للمضرور أن يطالب به بدعوى جديدة ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة . وقد يطلب المضرور فى الدعوى الأصلية مع التعويض الحكم بالفوائد ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت صدور الحكم فى الدعوى الأصلية ، فلايحتاج إلى رفع دعوى جديدة بالفوائد . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تسوغ المطالبة بفوائد تأخيرية عن مبلغ التعويض المحكوم به عن العمل غير المشروع إلا من تاريخ صدور الحكم النهائى بالتعويض ، باعتبار أنه التاريخ الذى يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار طبقاً لنص المادة ٢٢٦ مدنى (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٩ ص ٢٥٣) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧٩ ص ٥٥٤ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٦٢ ص ١١٣٩ .

من النقود . والحكم ، إلى ذلك ، يقوى الحق فى التعويض من الوجوه الآتية : (١) يصبح الحق غير قابل للتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدنى على أنه « إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ... كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة .. » . (٢) يجوز للمضرور ، وقد أصبح بيده حكم واجب التنفيذ ، أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات . (٣) يكون الحق فى التعويض ، بعد صدور حكم واجب التنفيذ ، قابلا للتنفيذ به على أموال المدين .

المبحث الثانى

جزاء المسئولية(*)

(التعويض)

٣٩٨ — صورتان للتعويض :جزاء المسئولية هو التعويض . وهذا الجزاء إما أن يقوم فى صورته العادية المألوفة ، أو تعتوره ملابسات وأوصاف فتخرجه إلى صورة معدلة . ونستعرض كلا من هاتين الصورتين .

المطلب الأول

التعويض فى صورته العادية المألوفة

٣٩٩ — طريقة التعويض وكيفية تقديره : نبحث أمرين : (١) كيف يعين القاضى طريقة التعويض (mode de réparation) (٢) وكيف يقدر مدى التعويض (évaluation de dom. int.) .

(*) مراجع : لبسيان ريبير (Lucien Ripert) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ — ديبوا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ — كوليار (Colliard) رسالة من إكس سنة ١٩٣٨ — جيفور (Givord) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ .

§ ١ – طريقة التعويض

٤٠٠ – **طرق مختلفة للتعويض** : تنص المادة ١٧١ مدنى على أنه « ١ يعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف . ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيراداً مرتبا ، ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا . ٢ – ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى ، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » (١) . ويخلص من هذا النص أن التعويض له طرق ثلاثة : (١) طريق التنفيذ العينى وهو نادر . (٢) طريق التعويض غير النقدى وهو أيضاً نادر. (٣) طريق التعويض النقدى وهو الطريق الغالب .

٤٠١ – **التنفيذ العينى** : فى المسئولية التقصيرية ، يمكن فى قليل من الفروض أن يجبر المدين على التنفيذ العينى على سبيل التعويض . فإذا بنى شخص حائطا فى ملكه ليسد على جاره الضوء والهواء تعسفا منه ، جاز أن يكون التعويض عينا بهدم الحائط . وهذا ما قصد إليه النص عندما قال : « يجوز للقاضى تبعا للظروف ، وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه » . والقاضى ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العينى ، ولكن يتعين عليه أن يحكم به إذا كان ممكنا ، وطالب به الدائن أو تقدم به المدين.

٤٠٢ – **التعويض غير النقدى** : فإذا تعذر التنفيذ العينى فى المسئولية التقصيرية ، وهذا هو الذى يقع غالبا ، لم يبق أمام القاضى إلا أن يحكم بالتعويض . وليس من الضرورى أن يكون التعويض نقداً ، فيصح فى فروض نادرة أن يختار القاضى للتعويض طريقاً غير النقد . فى حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه ، يجوز للقاضى أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد ببنائه (م ١/٨٦٠ مدنى) – وفى دعاوى السب والقذف يجوز

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٢ (مطابق) – الليبى م ١٧٤ (مطابق) – العراقى م ٢٠٩ (مطابق) – اللبنانى م ١٣٦ (موافق) .

للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف . وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدى عن الضرر الأدبي الذى أصاب المدعى عليه . وهذا ما قصد اليه النص عندما أجاز للقاضي « أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » . بل إن الحكم بالمصروفات على المدعى عليه في مثل هذه الأحوال والاقتصار على ذلك قد يعتبر تعويضاً كافيا عن الضرر الأدبي الذى أصاب المدعى . وهو تعويض غير نقدى لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذى يتضمنه .

٤٠٣ — التعويض النقدى : وهذا هو التعويض الذى يغلب الحكم به في دعاوى المسئولية التقصيرية ، فإن كل ضرر حتى الضرر الأدبي يمكن تقويمه بالنقد .

والأصل أن يكون التعويض النقدى مبلغاً معينا يعطى دفعة واحدة ، ولكن لا يوجد ما يمنع من الحكم بتعويض مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة . ويحكم القاضي بتعويض مقسط إذا كان المضرور قد أصيب بما يعجزه عن العمل مدة معينة من الزمن ، فيجوز أن يحكم له بتعويض مقسط حتى يبرأ من إصابته . ويحكم القاضي بإيراد مدى الحياة إذا كان العجز عن العمل — كليا كان أو جزئيا — عجزاً دائما ، فيقضى للمضرور بإيراد يتقاضاه مادام حيا . ويجوز في حالتي التعويض المقسط والإيراد المرتب أن يلزم القاضي المسئول بتقديم تأمين ، أو أن يحكم عليه بدفع مبلغ من المال إلى شركة تأمين لتحويله إلى إيراد مرتب يعطى للمضرور ويكون هذا بمثابة التأمين .

§ ٢ — تقدير التعويض

٤٠٤ — مقياس التعويض الضرر المباشر : التعويض مقياسه الضرر المباشر . فهو ، في أية صورة كانت ، يقدر بمقدار الضرر المباشر الذى أحدثه الخطأ . والضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهريين ، هما الخسارة التي لحقت المضرور (damnum emergens) والكسب الذى فاته (lucrum cessans) ، فهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضي بالمال . فلو أن شخصاً أتلف سيارة مملوكة لآخر ، وكان صاحب السيارة اشتراها بألفين وحصل على

وعد من الغير أن يشتريها منه بألفين ومائتين . فالألفان هما الخسارة التي لحقت صاحب السيارة والمائتان هما الكسب الذي فاته ، وكلاهما ضرر مباشر يجب التعويض عنه[١] .

ولا يدخل في الحساب عند تقدير التعويض أن يكون الضرر متوقعا أو غير متوقع ، ففي المسئولية التقصيرية يشمل التعويض كل ضرر مباشر ، متوقعاً كان هذا الضرر أوغير متوقع . وذلك بخلاف المسئولية العقدية ، فقد رأينا أن التعويض يقتصر فيها على الضرر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم .

٤٠٥ — الظروف الملابسة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض : تنص المادة ١٧٠ مدني على أن « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و٢٢٢ ، مراعيا في ذلك الظروف الملابسة . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير »[٢] . والظروف الملابسة التي يذكر النص أنها تراعى في تقدير

---

(١) ولا بد في الحكم القاضي بالتعويض من تعيين العناصر المكونة للضرر ، وإلا شاب الحكم قصور في الأسباب . وقد قضت محكمة النقض بأن تعيين العناصر المكونة للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالتعويض بصورة مجملة دون أن يبين كنه عناصر الضرر ، فإنه يكون قد عاره البطلان لتصور أسبابه مما يستوجب نقضه (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧٤ ص ٥٢٠) . فإذا تعينت عناصر الضرر ، أصبح تقدير مبلغ التعويض مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الموضوع ، وهي في سبيل تقدير التعويض عن الفصل التعسفي ، قد استظهرت من أوراق الدعوى ومستنداتها وظروفها وملابساتها نوع العمل الذي كان يباشره الطاعن (العامل) لدى الشركة المطعون عليها (رب العمل) وأجره الأصلي وملحقاته ومدة خدمته فيها وظروف فسخ العقد المبرم بينهما والتحاق الطاعن بعمل آخر ، وتولت بعد ذلك تحديد مقدار التعويض الذي رأت أنه يستحقه على ضوء هذه العناصر مجتمعة ، وكان تقدير التعويض متى قامت أسبابه من سلطة قاضي الموضوع دون معقب ، فإن النعي على الحكم في شأن هذا التقدير يكون جدلا موضوعياً لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض (نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨١ ص ٥٦٥) . وانظر أيضاً نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٤ ص ٦٦٣ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٧١ (مطابق) — الليبي م ١٧٣ (مطابق) — العراقي م ٢٠٧ — ٢٠٨ (موافق) — اللبناني م ١٣٤/١و٥ (موافق) .

التعويض هى الظروف الشخصية التى تحيط بالمضرور ، لا الظروف الشخصية التى تحيط بالمسئول .

فظروف المضرور الشخصية هى التى تدخل فى الاعتبار . لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذى أصاب المضرور بالذات . فيكون محلا للاعتبار حالة المضرور الجسمية والصحية ، فمن كان مريضا بالسكر ويصاب بجرح كانت خطورة هذا الجرح أشد من خطورة الجرح الذى يصيب السليم . كذلك يكون محلا للاعتبار حالة المضرور العائلية ، فمن يعول زوجة وأطفالا يكون الضرر الذى أصابه أشد من الضرر الذى يصيب الأعزب الذى لا يعول إلا نفسه .

أما الظروف الشخصية التى تحيط بالمسئول فلا تدخل فى الحساب عند تقدير التعويض . فسواء كان المسئول لا يعول إلا نفسه أو يعول أسرة كبيرة ، أمن على مسئوليته أو لم يؤمن ، غنيا كان أو فقيراً ، فهو يدفع التعويض بقدر ما أحدث من الضرر دون مراعاة لهذه الظروف الشخصية . والأصل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذى صدر من المسئول . وإنما يقدر التعويض بقدر جسامة الضرر لا بقدر جسامة الخطأ . ومهما كان الخطأ يسيراً فإن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر المباشر . ومهما كان الخطأ جسيما فإن التعويض يجب ألاّ يزيد عن هذا الضرر المباشر . وهذا هو مقتضى فصل التعويض عن العقوبة الجنائية ، فالتعويض المدنى شىء موضوعى لا يراعى فيه إلا الضرر ، فى حين أن العقوبة الجنائية شىء ذاتى تراعى فيه جسامة الخطأ . هذا هو الأصل ، ولكن القضاء يدخل عادة فى اعتباره جسامة الخطأ فى تقدير التعويض . وهذا شعور طبيعى يستولى على القاضى ، فما دام تحديد التعويض موكولا إلى تقديره ، فهو يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيما ، وإلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيراً .

٤٠٦ — الضرر المتغير والوقت الذى يقدر فيه : قد يكون الضرر متغيراً منذ أن وقع إلى يوم النطق بالحكم ، كشخص صدمته سيارة فأصيب بكسر فى يده وتطور الكسر حتى أصبح عاهة مستديمة يوم النطق بالحكم ، فيجب أن يدخل هذا التغير فى الحساب عند تقدير التعويض (١) . كذلك لو خف

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المضرور من أى عمل غير مشروع له أن يطالب بتعويض =

الضرر ، فأصبح الكسر يوم النطق بالحكم أقل خطورة مما كان يوم أن وقع ، روعى فى تقدير التعويض ما طرأ على الكسر من تحسن[١] .

فالعبرة إذن فى تقدير التعويض بيوم صدور الحكم ، اشتد الضرر أو خف. فإذا كان الضرر لايتيسر تعيين مداه تعيينا نهائيا وقت النطق بالحكم ، جاز للقاضى أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير وفقا لنص المادة ١٧٠ مدنى ، وقد سبق بيان ذلك .

٤٠٧ — النفقة الموقتة : وقد يرى القاضى فى أثناء نظر دعوى المسئولية أن المضرور فى حاجة قصوى إلى نفقة موقتة (provisoir) يدفعها له المسئول من حساب التعويض الذى سيقضى له به . فيجوز للقاضى عندئذ أن يحكم بهذه النفقة ، مع مراعاة الشروط الآتية : (١) أن يكون مبدأ المسئولية قد تقرر ، ولم يبق إلا تقدير التعويض . (٢) أن تكون عناصر تقدير التعويض لاتزال فى حاجة إلى وقت طويل حتى تتحدد .(٣) أن يكون المضرور فى حاجة ملحة إلى هذه النفقة . (٤) أن يكون المبلغ الذى يقدره القاضى للنفقة أقل من مبلغ التعويض الذى ينتظر أن يقدر به الضرر .

المطلب الثانى

التعويض فى صورته المعدلة الموصوفة

٤٠٨ — حالات ثلاث : ماقدمناه فى التعويض هو حكمه فى صورته العادية المألوفة . ولكن هذا الحكم قد يعدل منه وصف يلحقه . فيكون

= الضرر ، سواء فى ذلك ماكان قائماً وقت الغصب أوماتفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم . وقد جرى القضاء بأنه كلما كان الضرر متغيراً تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار إليه عند الحكم (نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٦ ص ٧٨٣) .

(١) أما إذا كان الضرر لم يتغير ، والذى تغير هو سعر النقد الذى يقدر به التعويض ، فالعبرة بالسعر يوم صدور الحكم ، ارتفع هذا السعر منذ وقوع الضرر أو انخفض (نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٨٩) . على أنه إذا كان المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده ، فإنه يرجع بما دفع فعلا مهما تغير السعر يوم صدور الحكم .

للتعويض صورة أخرى معدلة موصوفة . ويقع هذا فى حالات ثلاث : (الحالة الأولى) أن يتفق الطرفان قبل تحقق المسئولية على تعديل الأحكام التى قدمناها . (والحالة الثانية) أن يؤمن المسئول من مسئوليته المحتملة قبل تحققها . (والحالة الثالثة) أن ينفتح أمام المضرور طريقان للتعويض عن الضرر الذى أصابه .

ونتكلم فى هذه الحالات الثلاث : (١) الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية (٢) التأمين من المسئولية (٣) اجتماع طريقين للتعويض .

§ ١ – الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية

٤٠٩ – نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية : يتصور فى بعض أحوال المسئولية التقصيرية أن يعرف شخص من يحتمل أن يضر به من الناس بعمل غير مشروع . فقد تقوم أوضاع تجمع بين أشخاص يحتمل أن يكون فيهم فى المستقبل مسئول ومضرور . مثل ذلك الجيران ، كل جار بالنسبة إلى جاره يحتمل أن يكون مسئولا ومضروراً ، فيتصور اتفاق الجيران على تعديل أحكام المسئولية التقصيرية عند تحققها . مثل ذلك أيضاً صاحب المصنع والملاك المجاورون ، ومصلحة السكك الحديدية وملاك الأراضى التى تمر السكك الحديدية بجوارها ، وملاك الحيوانات التى تجتمع فى مكان واحد لاحتمال أن تؤذى الحيوانات بعضها بعضا ، وأصحاب السيارات إذا دخلت فى سباق لاحتمال أن تتحقق المسئولية التقصيرية فيما بينها ، ومدير الشركة والشركاء فيما عسى أن يرتكب المدير من خطأ تقصيرى . والنقل المجانى فيما بين الناقل والمنقول .

والاتفاق على التعديل من أحكام المسئولية إما أن يكون اتفاقا للإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها ، أو أن يكون اتفاقا للتشديد من المسئولية . ونستعرض كلا من الحالتين .

٤١٠ – الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو على التخفيف منها : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ مدنى على ما يأتى « ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع »[١]

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٨/٣ (مطابق) – =

فالإعفاء من المسئولية التقصيرية باطل بصريح النص ، وقد جرى القضاء على هذا المبدأ ، لا بالنسبة إلى الإعفاء من المسئولية[١] فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى التخفيف منها ، سواء كان التخفيف بإنقاص مدى التعويض فلا يعوض إلا عن بعض الضرر ، أو كان بتحديد مبلغ معين كشرط جزائي يكون هو مبلغ التعويض مهما بلغ الضرر ، أو كان بتقصير المدة التي ترفع فيها دعوى المسئولية .

وتعليل ذلك أن أحكام المسئولية التقصيرية من النظام العام وقد تكفل القانون بتقريرها ، فهي ليست كأحكام المسئولية العقدية التي هي من صنع المتعاقدين فيستطيعان التخفيف فيها والإعفاء منها إلا في العمد والخطأ الجسيم[٢] .

٤١١ – الاتفاق على التشديد في المسئولية التقصيرية : وقد يكون الاتفاق من شأنه أن يشدد في المسئولية التقصيرية . مثل ذلك أن يتفق الطرفان على أن يكون الخطأ مفترضا في جانب المسئول في حالات لايفترض فيها القانون الخطأ ، ومثل ذلك أيضاً الاتفاق على مسئولية المدين حتى لو لم يرتكب خطأ وبذلك يتحمل تبعة الضرر . ويبدو أنه إذا كان الاتفاق على التخفيف من المسئولية التقصيرية أو الإعفاء منها مخالفا للنظام العام ، فإن الاتفاق على التشديد فيها لايخالف النظام العام فيكون مشروعا . ويؤيد ذلك ماقضت به الفقرة

= الليبي م ٣/٢٢٠ (مطابق) – العراقي م ٣/٢٥٩ (مطابق) – اللبناني م ١٣٨ – ١٣٩ (يجوز الإعفاء من المسئولية عن خطأ غير فادح وفي الأضرار المادية لا في الأضرار التي تصيب الأشخاص) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد انتهى إلى صحة الاتفاق على إعفاء الشركة من مسئوليتها عن جريمة التبديد التي اقترفها تابعها ، فإنه يكون قد أخطأ في القانون وفقاً لحكم المادة ٣/٢١٧ مدني (نقض جنائي ٢ أبريل سنة ١٩٥٦ المجموعة الرسمية ٥٦ العدد ٥و٦ رقم ٧٨) .

(٢) أما الفقه في فرنسا فينتقد هذه القاعدة ، ويرى أن غير الجائز من هذه الاتفاقات هو الاتفاق الخاص بالمسئولية التقصيرية إذا ترتبت على العمد أو الخطأ الجسيم ، وكذلك إذا ترتبت على خطأ يسير ولحق الضرر الجسم دون المال فإن جسم الإنسان لا يجوز أن يكون محلا للاتفاقات المالية . لكن إذا كان الضرر يلحق بالمال ويترتب على خطأ يسير ، فليس في القواعد العامة مايمنع من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية عنه أو التخفيف من هذه المسئولية من باب أولى (مازو ٣ فقرة ٢٥٧١ – فقرة ٢٥٧٦) .

الأولى من المادة ٢١٧ مدنى من أنه « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة »[١]. وأقصى صور الاتفاق على التشديد فى المسئولية التقصيرية هى صورة الاتفاق على تحمل المدين للتبعة ، وهذا الاتفاق جائز بصريح النص .

§ ٢ – التأمين من المسئولية

٤١٢ — متى يجوز التأمين من المسئولية : يجوز للشخص أن يؤمن من مسئوليته المترتبة على الخطأ ، سواء كان هذا الخطأ عقدياً أو تقصيرياً ، وسواء كان الخطأ التقصيرى مفترضا أو ثابتا ، وسواء كان الخطأ الثابت يسيراً أو جسيما . ولكن لايجوز التأمين من المسئولية المترتبة على الخطأ العمد إذ لا يجوز لأحد أن ييسر لنفسه السبيل إلى الغش . وإنما يجوز التأمين من المسئولية عن عمل الغير حتى لو ارتكب هذا الغير خطأ عمديا ، إذ المسئول عن الغير لم يؤمن من المسئولية عن غشه هو بل عن غش الغير فالخطأ الذى يؤمن نفسه منه هو خطأ مفترض لا خطأ عمد . فيستطيع الشخص إذن أن يؤمن من مسئوليته فى مختلف صورها ، فيما عدا المسئولية عن الخطأ العمد الذى يصدر منه شخصياً .

وننظر الآن فيما يأتى :(١) علاقة المؤمن (أى شركة التأمين) بالمؤمن له وهو المسئول (٢) علاقة المؤمن بالمضرور .

٤١٣ — علاقة المؤمن بالمؤمن له : هذه العلاقة ينظمها عقد التأمين ، وهو يرتب التزامات فى ذمة المؤمن (أى شركة التأمين) وأخرى فى ذمة المؤمن له (أى المسئول) .

أما التزامات المؤمن فتتلخص فى ضمان المسئولية التى قد تترتب فى ذمة المؤمن له ، فمتى طولب المؤمن له(المسئول) مطالبة ودية أوقضائية بتعويض عن ضرر هو مسئول عنه وكان داخلا فى دائرة التأمين بدأ التزام المؤمن ينتج أثره . فإذا ثبتت المسئولية فى جانب المؤمن له ، وجب على المؤمن أن

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٨/١ (مطابق) – الليبى م ٢٢٠/١ (مطابق) – العراق م ٢٥٩/١ (مطابق) – اللبنانى م ١٣٩ (متقارب) .

يدفع له ما ثبت فى ذمته من تعويض بسبب هذه المسئولية دون زيادة ، حتى لو كان عقد التأمين يشتمل على شرط يجعل المؤمن ضامنا لمبلغ معين وكان هذا المبلغ يزيد على التعويض الذى ثبت فى ذمة المؤمن له . فلوكان هذا المبلغ ألفا وكانت قيمة التعويض ثمانمائة ، فإن المؤمن يضمن الثمانمائة دون الألف . وتعليل ذلك أن عقد التأمين من المسئولية هو عقد تأمين لا عقد ادخار ، فهو معقود لتعويض الخسارة على المؤمن له فلا يجوز أن يكون مصدر ربح له ، وهذا بخلاف عقد التأمين على الأشخاص فهو عقد ادخار لا عقد تأمين فيجوز أن يزيد مبلغ التأمين على مقدار الخسارة .

ويلتزم المؤمن له بدفع أقساط التأمين فى مواعيدها ، وبغير ذلك من الالتزامات التى ترتبها وثيقة التأمين .

٤١٤ — علاقة المؤمن بالمضرور : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى المادة ٨٣٢ منه على ما يأتى : « لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ، مادام المصاب لم يعوض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التى نشأت عنها مسئولية المؤمن له » . فكان هذا النص يجعل للمضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن . إذ كان يلزم المؤمن ألا يدفع لغير المضرور مبلغ التأمين مادام المضرور لم يعوض . ومؤدى هذا النص أن المضرور الذى لم يتقاض التعويض من المؤمن له (المسئول) يستطيع أن يتقاضاه مباشرة من المؤمن فى حدود مبلغ التأمين ، دون أن يشترك معه دائنو المؤمن له ، لأنه يرجع على المؤمن بالدعوى المباشرة لا بدعوى المدين .

ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر لقانون خاص يصدر فيما بعد[1] . وحتى يصدر هذا القانون لا يمكن القول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل

---

(١) ولم يصدر حتى الآن هذا القانون الخاص الذى يعطى الدعوى المباشرة للمضرور فى جميع الأحوال ، وإن كان هناك مشروع قانون يتضمن نصاً فى هذا المعنى نقل عن نص المشروع التمهيدى المشار إليه (انظر الوسيط للمؤلف ٧ فقرة ٨٥٤ ص ١٦٧٧) . وصدرت مع ذلك تشريعات متعاقبة تعطى للمضرور حقاً مباشراً فى حالات خاصة : رجوع العامل مباشرة على شركة التأمين فى شأن إصابات العمل وفى شأن أمراض المهنة ، ورجوع المضرور مباشرة على شركة التأمين فى شأن حوادث السيارات (انظر فى هذه التشريعات الوسيط للمؤلف ٧ فقرة ٨٥٤ ص ١٦٧٦ — ص ١٦٧٧) .

المؤمن . فلا يرجع على المؤمن إلا بطريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك بأن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له ، وفى هذه الحالة يشاركه دائنو المؤمن له مشاركة الغرباء(١) .

§ ٣ – اجتماع طريقين للتعويض

٤١٥ – كيف يجتمع طريقاد للتعويض : قد يوجد لدى المضرور طريقان لتعويض ما أصابه من الضرر . مثل ذلك أن يكون قد أمن نفسه فى إحدى شركات التأمين مما يصيبه من ضرر فى جسمه أو فى ماله عن طريق التأمين على الحياة أو التأمين من الحوادث أو التأمين من الحريق أو التأمين من المسئولية . ومثل ذلك أيضاً أن يكون الضرر الذى يصيبه من شأنه أن يرتب له حقاً فى تعويض أو نفقة أو إيراد فى ذمة الغير . ونستعرض كلا من هاتين الحالتين .

٤١٦ – اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين : إذا أصيب شخص بضرر فى جسمه أوفى ماله وكان مؤمنا نفسه من هذا الضرر ، فإن التحليل القانونى

---

(١) ومع ذلك فقد صدرت أحكام كثيرة تقضى بأن للمضرور أن يرجع بدعوى مباشرة على المؤمن على أساس الاشتراط لمصلحة الغير (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٣٥م ٤٧ ص ٢٥٧ – ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥ – ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧ – ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧ – ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٩ – ١٣ يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٢ – استئناف القاهرة ٢٥ نوفبر سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٣٦ ص ١٣٤) . وانظر فى أحكام القضاء التى تقر الدعوى المباشرة والأحكام التى تنكر هذه الدعوى الوسيط للمؤلف ٧ فقرة ٨٥٤ ص ١٦٧٥ . ولم تقر محكمة النقض الدعوى المباشرة ، إلا إذا كان هناك اشتراط صريح لمصلحة الغير أى لمصلحة المضرور . فقضت بأن الشارع المصرى لم يورد – على خلاف بعض التشريعات الأخرى – نصا خاصاً يقرر أن للمصاب حقاً مباشراً فى مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذى أصابه والذى يسأل عنه قبل المستأمن ، فوجب الرجوع إلى القواعد العامة لنعرف ما إذا كانت وثيقة التأمين على مسئولية المستأمن قصد بها اشتراط لمصلحة الغير أم قصد بها اتفاق خاص بين الطرفين المتعاقدين . فإذا كان الحق الذى اشترطه المستأمن إنما اشترطه لنفسه ، فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منه منفعة على الغير . أما إذا تبين من مشارطة التأمين أن العاقدين قصدا تخويل المصاب الحق المباشر فى منافع العقد ، فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هى التى تطبق (نقض مدنى ٥ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٤٠ ص ١٠٧٩) .

يؤدى إلى النتيجة الآتية : للمضرور حقان . حق قبل المسئول عن هذا الضرر فى التعويض ومصدر هذا الحق الخطأ الذى ارتكبه المسئول . وحق قبل شركة التأمين فى مبلغ التأمين ومصدر هذا الحق عقد التأمين الذى تم بينه وبين الشركة(١). فهو فى الأصل إذن يجمع بين الحقين . لأن لكل حق مصدراً مستقلا عن مصدر الحق الآخر (٢) .

٤١٧ — اجتماع التعويض مع تعويض آخر أو نفقة أو إيراد : قد يكون الضرر الذى أوجب التعويض للمضرور سببا فى ترتيب حق آخر له . مثل ذلك عامل فى مصنع تسبب عامل آخر فى إصابته . فيستحق العامل المضرور قبل رب المصنع مبلغاً جزافيا يقدره القانون عن إصابة العمل ، ويستحق فى الوقت ذاته تعويضاً كاملا قبل العامل المسئول عن الحادث. وليس له فى هذه الحالة أن يجمع بين التعويضين ، إذ أن المبلغ الجزافى الذى يدفعه صاحب المصنع للعامل المضرور هو فى الواقع تعويض آخر عن نفس الضرر

(١) نقض جنائى ٣٠ يناير سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١٢ رقم ٢٢ ص ١٣١ .

(٢) استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٠ — ٢١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥٦ — ولا يجوز الاعتراض على هذا التحليل القانونى بأن المضرور يكون بذلك قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد ، ذلك أنه لم يتقاض إلا تعويضاً واحداً من المسئول عن الضرر الذى أصابه . أما مبلغ التأمين فليس مقابلا للتعويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التى دفعها للشركة . كذلك لا يجوز لشركة التأمين أن ترجع على المسئول بتعويض بحجة أن خطأه هو الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين للمضرور ، ذلك أن الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين ليس هو خطأ المسئول بل هو عقد التأمين (انظر الوسيط للمؤلف ٧ فقرة ٦٩٩ — فقرة ٧٠٠) .

وقد طبق التقنين المدنى هذا المبدأ فى التأمين على الحياة ، فنص فى المادة ٧٦٥ منه على أنه « فى التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذى دفع مبلغ التأمين حق فى الحلول محل المؤمن له أو المستفيد فى حقوقه قبل من تسبب فى الحادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن هذا الحادث » . فجمع المؤمن له ، فى التأمين على الأشخاص ، بين التعويض ومبلغ التأمين . ولكن التقنين المدنى منع بنص صريح هذا الجمع فى التأمين على الحريق ، فنص فى المادة ٧٧١ منه على أنه « يحل المؤمن قانوناً ، بما دفعه من تعويض عن الحريق ، فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله » . فلا يجمع المؤمن له ، فى التأمين على الأشياء ، بين مبلغ التأمين والتعويض ، لأن شركة التأمين تحل محله فى الرجوع على المسئول بالتعويض .

فلا يصح الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد . فإذا تقاضى العامل المضرور التعويض الجزافى من صاحب المصنع لم يرجع على المسئول إلا بما بقى من الضرر دون تعويض ، أما إذا رجع بكل التعويض على المسئول فإنه لا يرجع بشىء على صاحب المصنع(١) .

ومثل ذلك أيضاً شخص أصيب بما أقعده عن العمل ، فاستحق تعويضاً قبل المسئول عن هذه الإصابة ونفقة عند من تجب عليه النفقة له بسبب عجزه عن العمل . ولما كانت النفقة هى ضرب من التعويض ، فإنه لا يجوز للمضرور أن يجمع بين التعويض والنفقة . فإذا رجع بالنفقة لم يرجع على المسئول إلا بما بقى من الضرر دون تعويض ، وإذا رجع بكل التعويض على المسئول لم يرجع بالنفقة .

ومثل ذلك أخيراً أن الموظف ، إذا أصيب فى حادث تكون الحكومة مسئولة عنه ، لم يجمع بين التعويض الكامل عن هذا الحادث وبين معاش استثنائى يرتبه القانون على سبيل التعويض . بل يجب استنزال مبلغ المعاش الاستثنائى ، سواء كان فى صورة إيراد مدى الحياة أو فى صورة مكافأة إجمالية ، من مبلغ التعويض الكامل المستحق للموظف(٢) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦ – ٢٥ يونيه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٣٥ ص ٨٦٨ .

(٢) نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١ – وكانت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض قد قضت بعكس ذلك (نقض جنائى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر الجنائية ٥ رقم ٣١٧) ، ولكنها رجعت بعد ذلك إلى الرأى الصحيح (نقض جنائى ٢١ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٦ رقم ٢١٦ ص ٦٦٥) .

لكن إذا قبض الموظف معاشه العادى طبقاً لقانون المعاشات ، فإنه يستطيع الجمع بينه وبين التعويض الكامل ، لأن المعاش العادى كمبلغ التأمين إنما استحق لقاء الاستقطاعات الدورية التى أخذت من مرتب الموظف (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه – وانظر أيضاً : نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨ ص ٣ – بنها الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ رقم ٦٤٤ ص ١٣٠١) .

الفصل الثانى

المسئولية عن عمل الغير

والمسئولية الناشئة عن الأشياء

٤١٨ — المسئولية تقوم لا على خطأ واجب الإثبات بل على خطأ مفترض : ننتقل الآن إلى حالات خاصة فى المسئولية التقصيرية يجمعها أنها تقوم كلها ، لا على خطأ واجب الإثبات كما هو الأمر فى المسئولية طبقاً للقواعد العامة التى سبق تفصيلها ، بل على خطأ مفترض(١) توخى المشرع فيه أن ييسر على المضرور التعويض عما أصابه من الضرر فأزاح عن عاتقه عبء إثبات الضرر .

وقد قسم المشرع هذه الحالات إلى قسمين : قسم للمسئولية عن عمل الغير ، وآخر للمسئولية الناشئة عن الأشياء . ونستعرض كلا منهما .

الفرع الأول

المسولية عن عمل الغير

٤١٩ — حالتان : يكون الشخص مسئولا عن عمل الغير فى حالتين : (الحالة الأولى) هى حالة من تجب عليه رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، ويكون مسئولا عن الأعمال الصادرة من هذا الشخص . (والحالة الثانية) هى حالة المتبوع ، ويكون مسئولا عن أعمال التابع .

---

(١) مع خلاف فى الرأى فيما يتعلق بمسئولية المتبوع عن التابع ، سنعرض له عند الكلام فى هذه المسئولية .

المبحث الأول

مسئولية من تجب عليه الرقابة عمن هم فى رقابته(*)

٤٢٠ – مسألتاد : نبحث فى صدد هذه المسئولية مسألتين : (١) متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة . (٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة

٤٢١ – شرطاد تحقق المسئولية : تنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١٧٣ مدنى على ما يأتى : « ١ – كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز . ٢ – ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة ، مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج »[١]. ويتبين من هذا النص أن المسئولية هنا تتحقق بتوافر شرطين : (١) تولى شخص الرقابة على شخص آخر (٢) صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة .

(*) مراجع : بولا تون (Beaulaton) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ – كومبسكير (Combescure) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧ – كورتو (Corteaud) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ – جرومتر (Orosmaître) رسالة من ليون سنة ١٩٣٨ – جانبيير (Jeanpierre) رسالة من نانسى سنة ١٩٣٨ – بيرون (Piron) رسالة من ديجون سنة ١٩٣٩ – ألبرتى (Alberti) رسالة من إكس سنة ١٩٤٢ .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٤/١ و٢ (مطابق) – الليبى م ١٧٦/١ و٢ (مطابق) – العراقى م ٢١٨/١ (مقارب) – اللبنانى م ١٢٥ و١٢٦/١ و٢ و١٢٨ (موافق) .

§ ١ – تولى الرقابة

٤٢٢ – الالتزام بالرقابة: لابد من قيام التزام بالرقابة حتى تتحقق المسئولية. ومصدر هذا الالتزام إما أن يكون القانون كالأب يتولى رقابة ابنه، أو أن يكون الاتفاق كمدير مستشفى الأمراض العقلية يتولى رقابة مرضاه. وعلة هذا الالتزام، كما جاء فى النص، حاجة الشخص الموضوع فى رقابة غيره إلى هذه الرقابة، إما بسبب سنه كالقاصر، أو بسبب حالته العقلية كالمجنون والمعتوه وذى الغفلة، أو بسبب حالته الجسمية كالأعمى والمقعد والمشلول.

أما الرقابة التى لاتقوم على التزام قانونى أو اتفاقى بسبب القصر أو الحالة العقلية أو الحالة الجسمية، كرقابة السجان على المسجونين ورقابة رئيس الحزب السياسى على أعضاء حزبه، فلا تترتب عليها المسئولية.

٤٢٣ – الحالات التى يقوم فيها الالتزام بالرقابة: الرقابة فى الأصل تقوم على القاصر، فإذا بلغ سن الرشد انحلت عنه. إلا إذا وجد مايدعو لبسط الرقابة عليه وهو بالغ. فنستعرض إذن هاتين الحالتين: حالة القصر وحالة البلوغ.

أولا – القاصر: رأينا أن نص الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ مدنى سالفة الذكر تقضى بأن القاصر إلى سن الخامسة عشرة – وهى سن بلوغ الحلم فى الشريعة الإسلامية – يعتبر فى حاجة إلى الرقابة إطلاقا. ويكون عادة حتى بلوغ هذه السن فى كنف من يقوم بتربيته. والذين يقومون بتربيته هم أولا الأب إن وجد فهو الولى الشرعى على النفس، وهو المكلف قانونا بالرقابة على ولده. فإن لم يوجد، تولى الرقابة من يقوم على تربية الولد ويكون عادة ولى النفس من جد أو عم أو غيرهما. وقد تنتقل تربية الولد، ولو بطريق الاتفاق الضمنى، من ولى النفس إلى الأم، وذلك كله إلى سن الخامسة عشرة. فإن بلغها وبدأ يكسب عيشه بنفسه فلم يعد فى كنف أحد – وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون – فلا يكون أحد مسئولا عنه. أما إذا بقى يعيش فى كنف من يقوم على تربيته بعد بلوغه الخامسة عشرة – وعبء الإثبات هنا على مدعى المسئولية – فالقائم على تربيته هو متولى الرقابة عليه، قانونا إن كان ولى

النفس واتفاقا إن كان غيره . ويبقى مسئولا عنه إلى أن يبلغ الولد سن الرشد . أو إلى أن ينفصل فى معيشة مستقلة فلا يعيش فى كنف أحد ويتحرر من قيود الرقابة[١] . ونرى من ذلك أن القاصر إلى سن الخامسة عشرة يجب أن يكون فى رقابة أحد هو المسئول عنه ، ويكون الأب فإن لم يوجد فولى النفس إلا إذا انتقلت الرقابة اتفاقا إلى الأم[٢] أو إلى غيرها . وبعد أن يبلغ الولد الخامسة عشرة فإن ظل يعيش فى كنف من يقوم على تربيته بقى هذا مسئولا عنه ، إلى أن ينفصل الولد فى معيشة مستقلة أو إلى أن يبلغ سن الرشد .

والولد وهو فى كنف القائم على تربيته يكون فى دور التعليم . فإن ذهب إلى المدرسة انتقلت الرقابة عليه — وقت وجوده فى المدرسة فقط — إلى معلم الفصل ما دام فيه أو إلى رئيس المدرسة مادام فى المدرسة[٣] . وإذا كانت المدرسة من مدارس الدولة ، كانت الدولة مسئولة عن المعلم أو الرئيس مسئولية المتبوع عن التابع[٤] . وإن أخذ الولد يتعلم حرفة ، انتقلت الرقابة عليه إلى من يشرف على تعليمه الحرفة مدة وجوده تحت إشرافه . ومتى فرغ الولد فى يومه من المدرسة أو من تعلم الحرفة ، عادت الرقابة عليه إلى القائم على تربيته ، وكان هذا هو المسئول عنه[٥] .

---

(١) والاستقلال فى المعيشة لا يعنى حتما الاستقلال فى المسكن ، فقد يكون الولد مقيما مع أبيه فى مسكن واحد ولكنه مستقل عنه فى المعيشة وليس للأب إشراف على تربيته فلا يكون مسئولا عنه ، وقد لا يكون الولد مقيما مع أبيه فى مسكن واحد ولكن الأب يبقى مشرفاً على تربيته فيكون مسئولا .

(٢) وقد يكون للأم الرقابة على ولدها إذا كان لا يزال فى سن الحضانة ، فمتى انتهت هذه السن بقيت الرقابة للأب وحده .

(٣) نقض مدنى ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨ .

(٤) انظر فى مسئولية وزارة التربية والتعليم عن المدارس الحرة الخاضعة لرقابتها : نقض جنائى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١٠ رقم ١١١ ص ٥٠٦ — نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٤ ص ٦٦٣ — ٢٠ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢٦ ص ٨٨٨ — وانظر فى مسئولية المدرسين المفترضة ومسئولية الدولة التى تحل محلها فى التقنين المدنى الفرنسى ، ثم فى قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ الذى جعل مسئولية المدرس فى فرنسا تقوم على خطأ واجب الإثبات لا على خطأ مفترض مع حلول الدولة محل مدرسيها فى المسئولية فى بعض الحالات : مازو ١ فقرة ٧٨٤ — فقرة ٨٥١ .

(٥) استئناف وطنى ٢٩ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ٢٢١ ص ٦٧ — الحقوق ٣٢ ص ٢ .

وقد يكون القاصر بنتا تتزوج قبل بلوغها سن الرشد ، فتنتقل الرقابة عليها ممن كان قائماً على تربيتها إلى زوجها ، وهو الذى يكون مسئولا عنها مادامت قاصراً . فإذا كان الزوج نفسه تقوم عليه الرقابة لقصره أو لأى سبب آخر ، فإن متولى الرقابة على الزوج يتولى الرقابة أيضاً على الزوجة ويكون مسئولا عن كل منهما . فإذا بلغ الزوج سن الرشد ولم تبلغها الزوجة ، صار الزوج هو المتولى الرقابة على زوجته .

ثانيا — البالغ سن الرشد : فإذا بلغ الولد سن الرشد تحرر من الرقابة ، حتى لو كان لايزال فى دور التعليم ، وحتى لو بقى يعيش فى كنف ذويه ، ولايكون أحد مسئولا عنه لا فى البيت ولا فى المدرسة ولا فى الحرفة . ذلك أنه أصبح ببلوغه سن الرشد فى غير حاجة إلى الرقابة ، والتزام الرقابة إنما يقوم بقيام الحاجة إليها . وكذلك تتحرر الزوجة من رقابة زوجها أو رقابة متولى الرقابة على زوجها ، متى بلغت سن الرشد .

ومع ذلك قد تدعو الحاجة إلى الرقابة على من بلغ سن الرشد ، رجلا كان أو امرأة ، لمرض عقلى أو مرض جسمى . فلو أصيب البالغ سن الرشد بجنون أو عته أو غفلة ، قامت الرقابة عليه ، ويتولاها ولى النفس أو الزوج أو الزوجة (إذا كان الزوج هو الموضوع تحت الرقابة) أو من تنتقل الرقابة إليه اتفاقا كمدير المستشفى أو الطبيب أو الممرض أو أحد الأقارب . ولو أصيب بمرض أعجزه وجعله فى حاجة إلى الرقابة ، كأن كف بصره أو صار مقعداً أو أصيب بالشلل ، تولى الرقابة عليه اتفاقا من يتولى الإشراف على شئونه الشخصية ، من زوج أو زوجة أو قريب أو مدير مستشفى أو طبيب أو ممرض أو نحو ذلك .

§ ٢ – صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة

٤٢٤ — *العمل غير المشروع يقع ممن هو تحت الرقابة* : فإذا قام الالتزام بالرقابة وتحدد طرفاه ، متولى الرقابة والخاضع للرقابة ، وجب لتحقق مسئولية متولى الرقابة أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة . فيجب إذن إثبات خطأ فى جانب هذا الشخص ، أو افتراض خطأ

فى جانبه كما لوكان صبيا يسوق سيارة فدهس أحد المارة . فإذا ما تحققت مسئولية الخاضع للرقابة على أساس خطأ ثابت أوعلى أساس خطأ مفترض ، قامت إلى جانبها مسئولية متولى الرقابة . فلا تجبُّ المسئولية الثانية المسئولية الأولى بل تقوم إلى جانبها .

والعمل غير المشروع يجب أن يقع من الشخص الخاضع للرقابة ، لا أن يقع عليه ، فإذا وقع عليه فليست هناك مسئولية مفترضة . مثل ذلك أن يصيب أجنبي تلميذاً بالأذى فى وقت يكون فيه التلميذ فى رقابة رئيس المدرسة ، فلا يكون هذا الرئيس مسئولا عن الأجنبي . كذلك لايكون الرئيس مسئولا إلا على أساس خطأ يجب إثباته إذا كان التلميذ قد ألحق الأذى بنفسه ، فإن الضرر إذا كان قد تسبب فيه التلميذ فقد وقع عليه .

٤٢٥ — **حالة ما إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز** : وقد يكون الخاضع للرقابة غير مميز ، صبيا دون سن التمييز (السابعة) أومجنونا أومعتوها عتها يعدم التمييز ، فالخطأ الذى يقع منه هو خطأ قام ركنه المادى أى ركن التعدى دون ركنه المعنوى أى ركن التمييز . ولذلك وصفه نص المادة ١٧٣ مدنى فى الفقرة الأولى كما رأينا « بالعمل الضار » دون العمل غير المشروع .

ومسئولية متولى الرقابة عن أعمال غير المميز مسئولية أصلية لاتبعية ، أما مسئوليته عن أعمال المميز فهى مسئولية تبعية تقوم بقيام مسئولية الشخص الخاضع للرقابة . ذلك أن غير المميز لايمكن القول إن مسئوليته تحققت فتحققت تبعا لها مسئولية متولى الرقابة ، بل الواجب أن يقال إن مسئولية متولى الرقابة هنا هى مسئولية أصلية قامت مستقلة . وأساسها خطأ مفترض فى جانب المسئول . ولاتستند هذه المسئولية إلى مسئولية غير المميز : فإن هذا كما رأينا لا يكون مسئولا إلا مسئولية موضوعية مخففة عند تعذر الرجوع على متولى الرقابة (م ١٦٤/٢ مدنى) .

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه مسئولية متولى الرقابة

٤٢٦ — **مسائل أربع** : متى تحققت مسئولية متولى الرقابة على النحو

الذى قدمناه . قامت مسئوليته على أساس خطأ مفترض . والافتراض هنا قابل لإثبات العكس . فيستطيع متولى الرقابة أن ينفى عنه الخطأ . كما يستطيع رفع المسئولية بنفى علاقة السببية وذلك بإثبات السبب الأجنبى . فإذا لم ينف الخطأ ولم ينف علاقة السببية . قامت مسئوليته إلى جانب مسئولية الشخص الخاضع للرقابة فى وقت معاً .

فنعالج إذن مسائل أربعا : (١) ماهو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة (٢) كيف ينفى متولى الرقابة الخطأ المفترض (٣) كيف ينفى متولى الرقابة علاقة السببية (٤) قيام مسئولية الشخص الخاضع للرقابة إلى جانب مسئولية متولى الرقابة .

٤٢٧ – ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة : الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة ، فالمفترض إذن هو عدم قيام متولى الرقابة بهذا الواجب بما ينبغى من العناية . فالقاصر مثلا إذا ارتكب عملا غير مشروع . فالمفروض أن القائم على تربيته إما أن يكون قد قصر فى رقابته أو أنه أساء تربيته أو أنه ارتكب الخطأين معاً . وعلاقة السببية بين هذا الخطأ ووقوع العمل غير المشروع من الشخص الخاضع للرقابة مفترضة بطبيعة الحال ، كما هو الأمر فى المسئولية بوجه عام ، فلا يكلف المضرور إثباتها وعلى متولى الرقابة أن ينفيها على الوجه الذى سنبينه فيما بعد . وافتراض الخطأ فى جانب متولى الرقابة لايقوم إلا فى العلاقة ما بين متولى الرقابة والمضرور ، إذ هو افتراض قرره القانون لصالح المضرور تجاه متولى الرقابة . ومن ثم لايجوز للمضرور أن يحتج به على الشخص الخاضع للرقابة ، بل يجب للرجوع على هذا إثبات خطأ فى جانبه[1].

٤٢٨ – كيف ينفى متولى الرقابة الخطأ المفترض : تنص الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ مدنى على ماياتى : « ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لابد

---

(١) وهذا ما لم يقم فى جانب الشخص الخاضع للرقابة خطأ مفترض من نوع آخر ، كما لوكان يسوق السيارة فدهس أحد المارة كما سبق القول .

واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية[١]» . فالخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة هو إذن خطأ مفترض افتراضا قابلا لإثبات العكس . ويستطيع متولى الرقابة أن ينفي هذا الخطأ بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية ، وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة ليمنع من نيطت به رقابته من الإضرار بالغير[٢] .

ولا يكفي أن يثبت متولى الرقابة أنه اتخذ الاحتياطات المعقولة ، بل يجب أيضاً أن يثبت أنه لم يسيء تربية من نيطت به رقابته ، بأن يثبت أنه لم يألف التغاضي من هفواته أو تدليله بما يجعله يتعود الانحراف عن الجادة[٣] .

٤٢٩ – كيف ينفي متولى الرقابة علاقة السببية : وقد رأينا نص الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ مدني يرفع المسئولية أيضاً عن المكلف بالرقابة إذا هو أثبت « أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب (واجب الرقابة) بما ينبغي من العناية » . ويكفي في ذلك أن يثبت أن الخطأ المنسوب إلى الخاضع للرقابة قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بالخطأ المفترض في جانبه ، فوقوعه كان بسبب أجنبي وكان يقع حتى لو اتخذ متولى الرقابة كل الاحتياطات المعقولة لمنعه . مثل ذلك أن يقع الحادث الذي سبب الضرر وقوعا مفاجئاً ، بحيث لم يكن من الممكن توقعه ولا من المستطاع تلافيه[٤] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣/١٧٤ (مطابق) – الليبي م ٣/١٧٦ (مطابق) – العراقي م ٢/٢١٨ (مطابق) – اللبناني م ٣/١٢٦ (موافق) .

(٢) ومما يتنافى مع اتخاذ الاحتياطات المعقولة أن يغيب الأبوان ويتركا ولدهما وحيداً ، أو أن يرخصا له في أن يمارس ألعابا خطرة ، أو أن يتركاه يقود دراجة أو سيارة من قبل أن يتقن القيادة .

(٣) نقض جنائي ١٤ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٧ رقم ٢٠٢ ص ٧١٨ – ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦٢ الطعن رقم ٩٠١ سنة ٣٢ ق – أسيوط الكلية ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٢ ص ٤٢٥ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قررت محكمة الموضوع ظروف الحادث الذي وقع من تلميذ داخل المدرسة ، وقررت ألا مسئولية على ناظر المدرسة لأنه وقع مفاجأة ، فإنها بذلك تكون قد فصلت في نقطة موضوعية لارقابة لمحكمة النقض عليها . والقول بحصول الحادث مفاجأة معناه أن الفعل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة إذ ما كان يمكن تلافيه بحال ، ومفهوم =

ويخلص من ذلك أن متولى الرقابة ترتفع عنه المسئولية بأحد أمرين : إما بأن ينفى الخطأ المفترض فى جانبه فينعدم ركن الخطأ ، أو بأن يثبت السبب الأجنبى فينعدم ركن السببية . وفى الحالتين يبقى الخاضع للرقابة مسئولا عن العمل غير المشروع الذى صدر منه وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية .

٤٣٠ – قيام مسئولية الشخص الخاضع للرقابة إلى جانب مسئولية متولى الرقابة : وقيام مسئولية متولى الرقابة لا يمنع من أن تقوم إلى جانبها مسئولية الشخص الخاضع للرقابة ، فيستطيع المضرور أن يرجع على من ارتكب الخطأ بالذات إن كان عنده مال . فإن استوفى منه كل التعويض المستحق فلا رجوع له بعد ذلك على متولى الرقابة . وإذا رجع على متولى الرقابة بكل التعويض ، فلا رجوع له بعد ذلك على من ارتكب الخطأ . والمهم ألا يستولى المضرور على تعويضين عن ضرر واحد ، بل يستوفى تعويضاً واحداً إما من متولى الرقابة أو من الخاضع للرقابة أو منهما معاً مسئولين أمامه بالتضامن .

ويغلب أن يرجع المضرور على متولى الرقابة لأنه هو الملىء ، فيرجع هذا على الخاضع للرقابة إن كان مميزاً لأن الخطأ هو خطأه . وإن كان غير مميز فلا رجوع لمتولى الرقابة عليه بشىء ، لأن عديم التمييز غير مسئول عن الخطأ ، ولا تترتب فى ذمته إلا مسئولية مخففة نحو المضرور لا نحو متولى الرقابة بشروط بيناها فيما تقدم ، ويعتبر متولى الرقابة فى هذه الحالة هو المسئول الأصلى . وهذا هو الذى تعنيه المادة ١٧٥ مدنى إذ تقول : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » . والمسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع ، وسنرى أن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض . أما متولى الرقابة فقد رأينا

= ذلك بداهة أن نقص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادث بل كان وقوعه محتملا ولو مع الرقابة الشديدة (نقض ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨ – نقض جنائى ٦ يوليه سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٥ رقم ٢٨٧ ص ٩٠٥) . وانظر أيضاً استئناف مصر ١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩ – ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٠ ص ١٣٨٥ – نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢٦ ص ٨٨٨ .

أنه يرجع على المميز ولايرجع على غير المميز(١) . وهذه هي حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التي أشار إليها النص .

أما إذا رجع المضرور على الخاضع للرقابة إذا كان مميزاً . فإن هذا لا يرجع على متولى الرقابة بشيء لأنه هو الذى أحدث الضرر بخطأه .

المبحث الثانى

مسئولية المتبوع عن التابع(*)

٤٣١ — أثاره : نبحث هنا ، كما بحثنا فى مسئولية متولى الرقابة ، مسألتين : (١) متى تتحقق مسئولية المتبوع (commettant) عن التابع (préposé) . (٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية المتبوع عن التابع

٤٣٢ — شرطان لتحقق المسئولية : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ مدنى على أنه « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها »(٢). فتتحقق

---

(١) ولا يصح أن يرجع متولى الرقابة على غير المميز بالمادة ٢/١٦٤ مدنى التى تقرر مسئولية غير المميز مسئولية استثنائية ، فإن هذه المسئولية ، إنما تقررت فى العلاقة مابين المضرور ، وغير المميز ، فلا تسرى فى العلاقة مابين متولى الرقابة وغير المميز ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(*) مراجع : زنجبر (Zingher) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — ڤان دان درايشه (Van dan Dreiche) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ — دالان (Dallant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ — راديڤرنسكو (Raduvernesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ — فلور (Flour) رسالة من كان سنة ١٩٣٣ — برتران (Bertrand) رسالة من إكس سنة ١٩٣٥ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١/١٧٥ (مطابق) — الليبى م ١/١٧٧ (مطابق) — العراق م ١/٢١٩ (مقارب) — اللبنانى م ١٢٧ (موافق) .

المسئولية إذن إذا قامت علاقة تبعية ما بين شخصين متبوع وتابع ، وارتكب التابع فى حال تأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضرراً.

ومن ثم يجب توافر شرطين : (١) رابطة التبعية (lien de préposition) (٢) خطأ التابع فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

§ ١ – رابطة التبعية

٤٣٣ – عنصران : تنص الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ مدنى على ما يأتى : « وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه »[١] . فرابطة التبعية تقوم إذن على سلطة فعلية فى الرقابة والتوجيه . ونستعرض هذين العنصرين : (١) عنصر السلطة الفعلية (٢) عنصر الرقابة والتوجيه .

٤٣٤ – عنصر السلطة الفعلية : تقوم رابطة التبعية على سلطة فعلية ، فليس ضروريا من جهة أن تكون هذه السلطة عقدية تقوم على الاختيار[٢] ، ولا أن تكون من جهة أخرى سلطة شرعية .

ليس من الضرورى أن تكون سلطة عقدية تقوم على الاختيار ، فرابطة التبعية لا تقتضى حتما أن يكون هناك عقد بين التابع والمتبوع . ولكن الغالب

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٥/٢ (مطابق) – الليبى م ١٧٧/٢ (مطابق) – العراقى م ٢١٩/١ (مقارب) – اللبنانى م ١٢٧ (موافق) .

(٢) وقد ذهبت محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق ، فى بعض أحكامها ، إلى الأخذ بحق الاختيار وحق التأديب والفصل من الخدمة لتحديد رابطة التبعية ، فقضت بأن ضمان السيد قانونا يقوم على مظنة خطأه فى اختيار خادمه وفى مراقبته إياه بماله عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة ، فتبعية الخفراء لوزارة الداخلية ترجع إلى أنها مرجع تعيينهم وهى التى تتولى تعليمهم وتراقبهم كما أن لها عليهم حق التأديب والفصل من الخدمة (نقض ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ١٩ ص١٩) . ثم تركت محكمة النقض معيار الاختيار والفصل إلى معيار السلطة الفعلية فى الرقابة والتوجيه ، وهو المعيار الذى أخذ به التقنين المدنى الجديد ، فقضت بأن مسئولية السيد عن أعمال خادمه لا تقوم على مجرد اختياره تابعه ، بل هى فى الواقع تقوم على علاقة التبعية التى تجعل السيد يسيطر على أعمال التابع فيسيره كيف شاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليمات (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٤ ص ٧٦١ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨١ ص ٥٤٣) .

أن يكون هناك عقد عمل . فالعامل والخادم والطاهى والسائق والمستخدم والموظف كل هؤلاء تابعون ومتبوعهم هو رب العمل أوسيد البيت أوصاحب المتجر أو الحكومة . ولكن رابطة التبعية حتى فى هذه الأحوال لا تقوم على عقد العمل ، فلو أن هذا العقد كان باطلا لبقيت الرابطة قائمة مادامت هناك سلطة فعلية للمتبوع على التابع . بل ليس من الضرورى أن يكون المتبوع قد اختار شخص تابعه ، فقد يكون الاختيار مفروضا على المتبوع ، كالسفينة تدخل الميناء فيقودها « مرشد » لاتملك أن تختار سواه .(١) وكمجلس بلدى يقوم بالعمل عنده موظفون تعينهم الحكومة فلايد له فى اختيارهم . كذلك ليس من الضرورى أن يملك المتبوع فصل تابعه . وهذا هو شأن موظفى المجلس البلدى الذين تعينهم الحكومة فالمجلس لم يخترهم ولايملك أمرفصلهم بل الحكومة هى التى تعينهم وتفصلهم . ومع ذلك فإنهم يعتبرون تابعين للمجلس البلدى لا للحكومة .

وليس من الضرورى أن تكون السلطة شرعية . بل يكفى أن تكون سلطة فعلية . فقد لايكون للمتبوع الحق فى هذه السلطة ، بأن يكون استمدها من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلا ، ولكن مادام يستعملها فعلا ، بل مادام يستطيع أن يستعملها حتى لولم يستعملها بالفعل(٢). فهذا كاف لقيام علاقة التبعية(٣) .

٤٣٥ – عنصر الرقابة والتوجيه : ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية منصبة على الرقابة والتوجيه . فالمتبوع لابد أن تكون له السلطة فى أن يصدر

---

(١) نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣٦ ص ٩٧٤.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لايرفع المسئولية المدنية عن مالكة المجلة ادعاؤها بعدها عن أعمالها التى يقوم بها ابنها الناشر وحده ، مادامت هى التى اختارته لهذا العمل ، إذ هو يعتبر تابعا لها تسأل عن خطأه مابقيت ملكية المجلة لها (نقض جنائى ١٦ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١ رقم ٨٣ ص ٢٥١) .

(٣) وقد يكون الولد تابعا لأبيه ويكون الأب تابعا لابنه ، وتكون الزوجة تابعة لزوجها ويكون الزوج تابعا لزوجته ، ويكون الصديق تابعا لصديقه ، كل هذا فيما يكل المتبوع منهم لتابعه من أعمال إذا كان للمتبوع السلطة الفعلية على تابعه .

لتابعه من الأوامر ما يوجهه بها فى عمله ولو توجيها عاما ، وأن تكون له الرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر(١) .

ولابد أن تكون هذه الرقابة والتوجيه فى عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع ، وهذا مايميز المتبوع عن الأب ومعلم الحرفة ومقدم العمال ، إذ الأب له الرقابة على ولده ولكن فى غير عمل معين ، ومعلم الحرفة ومقدم العمال لهما الرقابة والتوجيه على الصبية والعمال فى عمل معين ولكن الصبية لايقومون بهذا العمل لحساب معلمهم بل ليتدربوا على العمل والعمال لايقومون بالعمل لحساب المقدم عليهم بل لحساب رب العمل فهم والمقدم معهم تابعون جميعا لرب العمل(٢) .

وليس من الضرورى أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من

---

(١) ومن ثم يكون الجندى تابعا لوزارة الدفاع ، إذ يتلقى منها التوجيه العام (استئناف مصر ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٦ رقم ٢٤٥ ص ٦٥٢) . ويكون البواب تابعا لصاحب العمارة ، ويكون هذا مسئولا عنه إذا أحدث ضرراً بالسكان أو بالغير أو إذا سرق أحد السكان بإهمال من البواب (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٠ – ٢١ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٩ – ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧ – ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١) ، ولا يكون البواب تابعا للسكان ولو كان يتقاضى منهم أجراً تلقاء خدمات صغيرة . ويعتبر ملاحظ حمام السباحة بالمدارس الأميرية تابعا لوزارة المعارف ، فإذا غرق تلميذ وثبت إهمال الملاحظ كانت وزارة المعارف مسئولة (نقض مدنى ١٣ نوفبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٥ ص ٨٨) . ومسئولية الحكومة عن أعمال الموظف هى مسئولية المتبوع عن التابع .

وقد يكون التابع غير معين ويبقى المتبوع مع ذلك مسئولا عنه ، وإن كان لا يستطيع الرجوع عليه فيما بعد ويكون شأن المتبوع معه شأنه مع التابع المعسر . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه يكفى فى مساءلة المخدوم مدنيا أن يثبت أن الحادث قد تسبب عن خطأ خادم له ولو تعذر تعيينه من بين خدمه ، فادام الحكم قد أثبت أن وفاة المجنى عليه لابد أن تكون قد نشأت عن خطأ أحد المتهمين – الكسارى أو السائق – اللذين هما تابعان لإدارة النقل المشترك ، فإن مساءلة هذه الإدارة مدنيا تكون متعينة لأنها مسئولة عما يقع من مستخدميها فى أثناء تأدية خدمتهم ، ولا يمنع من ذلك أن المحكمة لم تستطع تعيين المخطىء منهما (نقض جنائى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٣٧ ص ٣٧٢) .

(٢) ولهذا التمييز أهمية كبيرة ، إذ أن مسئولية الأب عن ولده باعتباره تابعا تختلف عن مسئوليته عن ولده باعتباره تحت رقابته ، فالمسئولية الأولى لا تندفع بنفى الخطأ ، وتندفع المسئولية الأخرى بنفيه على النحو الذى قدمناه .

الناحية الفنية ، بل يكفى أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه . فصاحب السيارة حتى لو لم يكن يعرف القيادة متبوع لسائقها ، وصاحب المستشفى متبوع لأطبائه الذين يعملون لحسابه فى المستشفى حتى لو لم يكن هو نفسه طبيبا[1] . وقد يكون المتبوع غير قادر على الرقابة والتوجيه حتى من الناحية الإدارية كأن يكون صغيراً أو غير مميز ، فينوب عنه نائبه من ولى أو وصى أو قيم فى القيام بالرقابة على التابع وفى توجيهه[2] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض ، ولو كانت علاقة تبعية أدبية ، كاف لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب (نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦) – وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصيدلى يعتبر تابعا لصاحب الصيدلية ولو لم يكن هذا فنياً ، لأنه هو الذى اختاره وعليه رقابته (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٠) . ولكن لا يعتبر المقاول متبوعاً لطبيب ، إذا نظم المقاول عيادة لعماله بالمجان واستخدم الطبيب وكان هذا حائزاً على المؤهلات اللازمة (استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣) . وانظر نقض جنائى ٣ يناير سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١٢ رقم ٥ ص ١٤٦ .

(٢) وقد تتوزع الرقابة والتوجيه بين أكثر من شخص واحد ، فإذا استخدم عدة أشخاص شخصاً واحداً فى عمل مشترك لهم كانوا كلهم متبوعين لمستخدمهم وكانوا مسئولين عن عمله بالتضامن فيما بينهم (نقض جنائى ٣ يناير سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائى ١٢ رقم ٥ ص ١٤٦ وقد سبقت الإشارة إليه – ١٥ أكتوبر سنة ١٩٦٢ الطعن رقم ١٠٨٩ سنة ٣٢ ق .. وقد يعير المتبوع تابعه لشخص آخر ، فإذا استبقى المعير رقابته وتوجيهه بقى متبوعاً ، أما إذا انتقلت الرقابة والتوجيه إلى المستعير كان هذا هو المتبوع ، ويقال إنه متبوع عرضى (commettant occasionnel) . مثل ذلك شخص يعير سيارته مع سائقها لصديق ، فإن انتقلت الرقابة والتوجيه إلى الصديق وبخاصة إذا كانت الإعارة لمدة طويلة أصبح السائق تابعا له ، ويظل السائق تابعاً لمتبوعه الأول إذا كان هذا قد احتفظ لنفسه بحق الرقابة والتوجيه . ويعتبر صاحب السيارة المعطلة متبوعاً عرضياً لسائق يربط السيارة المعطلة فى سيارته (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ١٠٩) .

وتتراخى رابطة التبعية بتراخى الرقابة والتوجيه ، حتى إذا لم يبق لدى المتبوع سلطة كافية فى الرقابة والتوجيه انعدمت رابطة التبعية . فالأطباء الذين يعملون فى مستشفى لحسابهم لا يعتبرون تابعين لإدارة المستشفى ، والمقاول إذا كان مستقلا لا يعتبر تابعا لرب العمل ، وإذا أعار شخص سيارته لصديق له وترك له زمامها فلا يعتبر الصديق تابعا لصديقه ، وإذا استأجر صاحب السيارة سائقاً اعتبر هذا السائق تابعا له ، أما إذا استأجر شخص سيارة بالأجرة (تاكسى) فإن السائق لا يكون تابعاً له لأنه مستقل عنه وليس للراكب عليه حق الرقابة والتوجيه . أما علاقة الموكل بالوكيل فقد تكون علاقة تبعية أولا تكون ، تبعاً لما إذا كان الوكيل خاضعاً أو غير خاضع لرقابة الموكل وتوجيهه فى العمل الذى عهد به إليه .

§ ٢ – خطأ التابع فى حال تأدية وظيفته أو بسببها

٤٣٦ – أمراد : متى قامت رابطة التبعية بين شخصين على النحو الذى قدمناه ، فإن مسئولية المتبوع عن التابع تتحقق إذا ارتكب التابع خطأ أضر بالغير فى حال تأدية وظيفته أو بسببها (انظر م ١/١٧٤ مدنى وقد تقدم ذكرها) .

فيشترط إذن أمران : (١) أن يرتكب التابع خطأ يضر بالغير . (٢) وأن يرتكب هذا الخطأ فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٤٣٧ – خطأ يرتكبه التابع يضر بالغير : لاتقوم مسئولية المتبوع إلا إذا تحققت مسئولية التابع[1] . وحتى تتحقق مسئولية التابع يجب أن تتوافر بالنسبة إليه أركان المسئولية الثلاثة : الخطأ والضرر والسببية .

فيجب إذن على المضرور ، حتى فى رجوعه على المتبوع ، أن يثبت خطأ التابع . ويجوز أن يكون الخطأ مفترضا فى جانب التابع افتراضا يقبل إثبات العكس كما لوكان مدرسا فى مدرسة أميرية فتكون الحكومة مسئولة عنه ، كما يجوز أن يكون الخطأ مفترضا فى جانبه افتراضا لايقبل إثبات العكس كما لوكان سائق سيارة فيكون صاحب السيارة مسئولا عنه .

ويجب على المضرور كذلك أن يثبت أن خطأ التابع قد تسبب فى إحداث ضرر له . أما إذا كان المضرور هو المتبوع نفسه ، فسنرى أن التابع لايستطيع أن يتمسك بخطأ مفترض ضده ليتخفف من المسئولية . وكذلك إذا كان المضرور هو التابع وقد ألحق الأذى بنفسه وهو فى خدمة متبوعه ، فسنرى أنه لايرجع على المتبوع بخطأ مفترض .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن انتفاء المسئولية المدنية عن التابع ينفيها أيضاً عن المتبوع بطريق التبعية (نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت كذلك بأن الحكم ببراءة التابع لجنونه لا يجيز الحكم بالتعويض على متبوعه (نقض جنائى ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ رقم ٥٧ ص ٩٩ – نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٧ ص ٦٨٩) – وقضت أيضاً بأن المسئولية لا تقوم فى حق المتبوع إلا حيث تتحقق مسئولية التابع بناء على خطأ واجب إثباته أو بنا على خطأ مفترض (نقض مدنى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٢ ص ١٠٢٢) .

٤٣٨ – حال تأدية الوظيفة أو بسببها – القاعدة العامة : إنما تستساغ مسئولية المتبوع عن خطأ التابع إذا اقتصرت على الخطأ الذى يرتكبه التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها . فى هذه الحدود وحدها يقوم الأساس الذى تبنى عليه مسئولية المتبوع ، سواء كان هذا الأساس خطأ مفترضا أو ضمانا أو امتدادا لشخصية المتبوع على النحو الذى سنبسطه فيما بعد .

والقاعدة هى أن يقع الخطأ من التابع وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة . فلا يكفى أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة (à l'occasion de la fonction) ، بأن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه . بل يجب ، إذا لم يكن الخطأ قد وقع فى عمل من أعمال الوظيفة ، أن تكون هناك فى القليل علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر فى ارتكابه لولا الوظيفة . ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته ، أو عن طريق الإساءة فى استعمال هذه الوظيفة ، أو عن طريق استغلالها[1] . ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر[2] ، علم به أو لم يعلم[3] ، عارض فيه أو لم يعارض[4] . ويستوى أخيراً أن يكون التابع فى ارتكابه الخطأ قد قصد خدمة

---

(١) ويميز بعض الفقهاء ما بين هذه الفروض الثلاثة – مجاوزة حدود الوظيفة والإساءة فى استعمالها واستغلالها – حتى إذا أورد الأمثلة على كل فرض منها ، دق التمييز بينها حتى يفبهم ، وحتى تتدخل الفروض بعضها فى بعض .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لايشترط أن تكون الجريمة التى تقع من الخادم قد وقعت بتحريض من السيد (نقض جنائى ٦ نوفبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية المتبوع تتحقق حتى لوكان غائباً وغير عالم بجريمة التابع (نقض جنائى ٦ نوفبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . قارن نقض جنائى ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٩ ص ١٠٥ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية للسيد تتحقق ولوكان الخادم قد خالف أمره (نقض مدنى ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨١) . وانظر أيضاً : استئناف مصر ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٣/٦٠٩ ص٧٣٧ – ٧فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ١/٥٢١ص ٨٦٦ .

متبوعه، أو اندفع إلى الخطأ بحافز شخصي[١]. يستوى كل ذلك مادام الشرط الذى أسلفنا ذكره قد توافر، فلم يكن التابع ليستطيع ارتكاب الخطأ أو لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة[٢]. وإذا كان لايكفى لمساءلة المتبوع أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة، فأولى ألاّ تتحقق هذه المساءلة إذا كان خطأ التابع أجنبيا عن الوظيفة لاتربطه بها أية علاقة.

ويخلص لنا مما قدمناه حالات أربع: (١) الخطأ في تأدية الوظيفة. (٢) الخطأ بسبب الوظيفة. (٣) الخطأ بمناسبة الوظيفة (أو الخطأ الذى هيأت له الوظيفه). (٤) الخطأ الأجنبي عن الوظيفه. والخطأ في الحالتين الأوليين يحقق مسئولية المتبوع، ولايحققها في الحالتين الأخيرتين. ونستعرض كلا من الحالات الأربع.

٤٣٩ – الخطأ في تأدية الوظيفة: الأصل أن الخطأ الذى يرتكبه التابع، فتتحقق به مسئولية المتبوع، يقع والتابع يؤدى عملا من أعمال وظيفته. فسائق السيارة إذا دهس شخصاً في الطريق عن خطأ يكون قد ارتكب الخطأ وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته، فيكون متبوعه مسئولا عنه. وخفير الدرك، وهو يضبط المتهم فيطلق عياراً ناريا عن خطأ فيصيبه، يكون قد ارتكب

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى ارتكب الخادم الخطأ في أثناء تأدية عمله، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصي أو عن الرغبة في خدمة السيد، فقد ترتبت مسئولية السيد مدنيا عن هذا الخطأ (نقض جنائي ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢١٩ ص ٤٢٠ – ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ – ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى لتحقق مسئولية المتبوع عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أن تكون هناك علاقة سببية قائمة بين الخطأ ووظيفة التابع، ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته أو عن طريق الإساءة في استعمال هذه الوظيفة أو عن طريق استغلالها، ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر به، علم به أو لم يعلم، كما يستوى أن يكون التابع في ارتكاب الخطأ المستوجب للمسئولية قد قصد خدمة متبوعه أو جر نفع لنفسه، يستوى كل ذلك مادام التابع لم يكن يستطيع ارتكاب الخطأ أو يفكر في ارتكابه لولا الوظيفة (نقض جنائي ٣ يناير سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١٢ رقم ٥ ص ١٤٦). وانظر أيضاً: نقض جنائي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٦٢ الطعن رقم ١١٢٩ سنة ٣٢ ق.

الخطأ وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته . وتكون الحكومة مسئولة عنه[١] . والخطأ فى هذه الأحوال هو ، كما عرفناه ، انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد .

٤٤٠ — الخطأ بسبب الوظيفة : وقد يرتكب التابع الخطأ وهو لا يؤدى عملا من أعمال الوظيفة ، ولكن الوظيفة تكون هى السبب فى ارتكابه لهذا الخطأ ، فيكون المتبوع مسئولا عنه . ويتحقق ذلك فى فرضين :

أولا — إذا كان التابع لم يكن ليستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . فإذا ذهب صراف إلى المركز فكلف العمدة خفيرين بحراسته ، فانقض عليه الخفيران فى الطريق وقتلاه ، فإن قتل الصراف لم يرتكب والخفيران يقومان بعمل من أعمال وظيفتهما فإن وظيفتهما هى حراسة الصراف لا قتله ، ولكن الخفيرين ما كانا يستطيعان قتل الصراف لولم يكلفا بحراسته . فالخطأ هنا لم يكن يستطاع ارتكابه لولا الوظيفه ، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الحكومة تكون مسئولة عن الخفيرين[٢] . وإذا سرق أحد سعاة البريد خطابا تسلمه بحكم وظيفته ، فالخطأ لم يرتكب والساعى يؤدى عملا من أعمال الوظيفة ، ولكنه لم يكن ليستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة ، وقد قضت

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الخفير الذى يطلق فى رعونة عياراً ناريا فى أثناء حراسته ليلا ، فيصيب شخصاً ، يكون قد ارتكب وهو يؤدى وظيفته خطأ يجعل الحكومة مسئولة عنه (نقض جنائى ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٠٩ ص ٧٣٧) . وقضت أيضاً بأن سائق السيارة إذا تركها وبها مفتاح الحركة فى عهدة تابع آخر لمخدومه (خفير زراعة) ، فعبث هذا التابع الذى يجهل القيادة بالمفتاح فانطلقت السيارة على غير هدى وأصابت المجنى عليهما ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته وهو حفظ السيارة من أن يعبث بها ، ويكون المخدوم مسئولا عن ذلك (نقض جنائى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٧ ص ٧٠٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الممرض الذى يعمل فى خدمة مستشفى ، إذا أخطأ فأعطى المريض سما بدلا من الدواء وترتب على هذا الخطأ موت المريض ، يكون قد ارتكب خطأ فى عمل من أعمال وظيفته ، وتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه (استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٣٦ ص ٦٧) . وقضت أيضا بأن المحضر الذى يبطىء فى إعلان صحيفة الاستئناف ، ويترتب على ذلك عدم قبول الاستئناف ، يكون قد أخطأ فى عمل من أعمال وظيفته . وتكون الحكومة مسئولة عنه (استئناف مصر ٢٠ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٦ ص ٧٢٠) .

(٢) استئناف وطنى ١٨ نوفبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٦ ص ١١٥ .

محكمة الاستئناف الوطنية بأن مصلحة البريد تكون مسئولة عن الساعى[١]. وإذا أحب خفير امرأة متزوجة فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله ، فالخطأ لم يرتكب والخفير يؤدى عملا من أعمال الوظيفة ، ولكن الخفير ماكان يستطيع استدراج الزوج إلى الدرك لولا تذرعه بوظيفته ، فماكان يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة ، وقد قضت محكمة النقض بأن الحكومة تكون مسئولة عن الخفير[٢] . وإذا ترصد فراش لناظر مدرسته معتزما اغتياله لاعتقاده أن الناظر يضطهده ، واقترب الفراش من سيارة الناظر متظاهراً أنه يفتح له بابها بصفته رئيسا له ، وقتله بسكين أعدها لهذا الغرض ، فالخطأ لم يرتكب والخفير يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، ولكن الفراش ماكان يستطيع الاقتراب من الناظر وقتله لولا تذرعه بوظيفته ، فماكان يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة ، وقد قضت محكمة النقض بأن وزارة المعارف تكون مسئولة عن الفراش[٣] .

ثانيا — إذا كان التابع لم يكن ليفكر فى ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . فإذا رأى خادم سيده يتضارب مع شخص آخر ، فبادر إلى مساعدته وضرب الشخص الآخر ضربا أفضى إلى موته ، فالخطأ لم يرتكب والخادم يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، ولكن الخادم ماكان يفكر فى ضرب المعتدى على سيده لولا أنه خادم هذا السيد ، فالتابع لم يكن ليفكر فى ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة ، وقد قضت محكمة النقض بأن السيد يكون مسئولا عن خادمه[٤] . وإذا نسب إلى عمال أحد المتاولين أنهم اعتدوا على أرض زراعية ، فغضب ناظر الزراعة واعتدى على هؤلاء العمال اعتداء مسلحاً ، فالخطأ لم يرتكب وناظر الزراعة يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، ولكن الناظر لم يكن ليفكر فى ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدائرة التى

---

(١) استئناف وطنى ١٨ يوليه سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٧ ص ٤٢ .

(٢) نقض جنائى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر الجنائية ٥ رقم ١٩٦ ص ٣٦٩ . وانظر أيضاً نقض جنائى ٧ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٩ رقم ١٨٦ ص ٧٥٨.

(٣) نقض جنائى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ١٠ رقم ١٨ ص ١٩ .

(٤) نقض جنائى ٥ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٥٠٣ ص ٦٠٦ .

يعمل ناظر الزراعة فى خدمتها تكون مسئولة عنه[1] . فنى المثلين المتقدمين يرتكب التابع خطأ لم يكن ليفكر فى ارتكابه لولا الوظيفة[2] .

فهناك إذن معياران للخطأ بسبب الوظيفة ، ويعتبر التابع قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته ، إما لأنه لم يكن ليستطيع ارتكاب هذا الخطأ ، أو لأنه لم يكن ليفكر فى ارتكابه ، لولا الوظيفة[3] .

٤٤١ – الخطأ بمناسبة الوظيفة : فإذا كان خطأ التابع قد وقع بمناسبة الوظيفة ، بأن اقتصرت الوظيفة على تيسير ارتكاب الخطأ أو المساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لارتكابه ، ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الخطأ أو لتفكير التابع فيه ، فإن المتبوع لايكون مسئولا عن خطأ التابع . وإذا كانت محكمة النقض تقرر غير ذلك فيما تتقدم به من الأسباب لأحكامها ، وتذكر فى كثير من هذه الأسباب أنه يكفى لتحقق مسئولية المتبوع أن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه[4] ، فإنها

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٤ .

(٢) على أنه إذا ارتكب التابع خطأ بسبب الوظيفة وقد اتفق معه المضرور على ارتكاب هذا الخطأ ، فإن خطأ المضرور فى هذه الحالة يستغرق مسئولية المتبوع ، فلا يكون المتبوع مسئولا نحو المضرور . مثل ذلك أن يتفق سائق سيارة مع صديق له على اختلاس سيارة متبوعه للتنزه بها معاً ، ثم يقع من السائق خطأ يؤدى إلى إصابة صديقه ، فإن صاحب السيارة لا يكون فى هذه الحالة مسئولا (قارب سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٣١ – عبد المنعم فرج الصدة ص ٥٥٧) .

(٣) انظر من هذا الرأى محمد كامل مرسى فى الالتزامات ٢ فقرة ١٤٦ – ومن الفقهاء من يقف عند المعيار الأول دون الثانى ، فلا يكون الخطأ بسبب الوظيفة إلا إذا كان التابع لم يكن ليستطيع ارتكاب هذا الخطأ لولا الوظيفة (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥١١) . ومنهم من يستعمل تعبيراً آخر ، فيقول بوجوب قيام صلة سببية مباشرة بين الخطأ والوظيفة ، وذلك بمجاوزة التابع لحدود الوظيفة عن أحد طريقين ، إما بأن يتزيد فى أداء عمل من أعمالها أو بأن يسىء استعمال الوظيفة ، بحيث يثبت فى الحالتين أنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ (سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٣٠ وفقرة ١٣٢ – أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٥٢٣ – وقارب حسين عامر فى المسئولية المدنية فقرة ٦٧٠) . ومنهم من يتوسع كثيراً كما سنرى ، فيقول بتوافر الخطأ إذا كانت الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه (مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٢٠ – فقرة ٢٢٩) .

(٤) انظر أمثلة لأحكام حديثة من هذا القبيل : نقض جنائى ٧ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٦ رقم ٣١٦ ص ١٠٧٥ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١٤ رقم ١٧٥ ص ٩٥٤ .

كانت في غنى عن هذا التوسع ، وتستقيم أحكامها فيما عرض لها من الأقضية لو أنها اشترطت أن يكون الخطأ قد وقع بسبب الوظيفة(١) ، لا بمناسبة الوظيفة فحسب . وقد كان التقنين المدنى الجديد موفقاً عندما جلا الغموض الذى يحيط بهذه المسألة ، فقد رأينا أنه نص صراحة فى الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ مدنى على أن « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » . فذكر الخطأ فى تأدية الوظيفة والخطأ بسبب الوظيفة ، وتجنب أن يذكر الخطأ بمناسبة الوظيفة أو الخطأ الذى تكون الوظيفة قد هيأت الفرصة لارتكابه(٢) .

ونأتى بأمثلة للخطأ الذى تهيئ الوظيفة الفرصة لارتكابه وهو الخطأ بمناسبة الوظيفة ، لنتبين الفرق بينه وبين الخطأ بسبب الوظيفة : لو أن طاهيا أمسك بالسكين التى يستخدمها فى عمله وطعن بها القصاب الذى يشترى منه اللحم لسيده لشجار نشب بينهما بسبب هذا التعامل ، كان هذا خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الطاهى لم يكن ليفكر فى الاعتداء على القصاب لولا وظيفته . ولكن هذا الطاهى نفسه لو كان له خصم يريد إيذاءه ، فأخذ السكين وطعنه

---

(١) وهذا ما التزمته محكمة النقض فعلا فى حكم لها قضت فيه بأن مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ مدنى أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى وقع الخطأ من التابع وهو يقوم بأعمال وظيفته ، أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة ، وأنه يكفى أن تكون هناك علاقة سببية قائمة بين الخطأ ووظيفة التابع ، بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر فيه لولا الوظيفة .. فإذا أثبت الحكم أن المتهم يعمل سائق سيارة لدى المسئول عن الحقوق المدنية ، وكانت وظيفته هذه قد يسرت له الحصول على الإسمنت بعد إثبات رقم سيارته على التصاريح المزورة ، وأن هذه الوظيفة هى السبب الذى مكن المتهم من مقارفة ما أسند إليه – وهو سبب مناسب فى ذاته لتحقق مسئولية المتبوع أساسه استغلال التابع لوظيفته – فإن القضاء بمسئولية كل من المتهم والمسئول عن الحقوق المدنية هو قضاء سليم من ناحية القانون (نقض جنائى ١٢ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١١ رقم ٨ ص ٥٤ .

(٢) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا (م ١/٢٤٢ من المشروع) يقضى بأن « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التى عهد بها إليه ، ويكون مسئولا كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع فى ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة » . ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت هذا النص على النحو الذى أوردناه ، فلم يعد هناك مجال لهذا التوسع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٣ – ص ٤٢٠) .

بها ، لم يكن هذا خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الطاهي لولم يجد هذه السكين لعثر على غيرها ، فوظيفته لم تكن ضرورية لارتكاب الخطأ ، بل اقتصرت على أن تيسر له ارتكابه وأن تهيء له الفرصة في ذلك ، فالخطأ هنا لم يقع بسبب الوظيفة بل بمناسبة الوظيفة ، ولذلك لايكون السيد مسئولا عن عمل الطاهي . ولو أن الخفير الذي أحب امرأة متزوجة فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله ، فارتكب خطأ بسبب الوظيفة على النحو الذي قدمناه ، لم يتذرع بوظيفته في التضليل بالزوج ، بل ذهب إليه في مسكنه وأطلق عليه عياراً ناريا فقتله ، لم يكن هذا العمل خطأ بسبب الوظيفة لأن الخفير كان يستطيع قتل الزوج بسلاح آخر غير السلاح الذي تسلمه من الحكومة . وإنما يسر له سلاح الحكومة ارتكاب جريمة وهيأ له الفرصة في ذلك . فيكون الخطأ الذي وقع منه خطأ بمناسبة الوظيفة . ولاتكون الحكومة مسئولة عنه . وقد سبق أن رأينا أن الخفير وهو يضبط المتهم فيطلق عياراً ناريا عن خطأ فيصيب مقتلا منه ، يكون قد ارتكب خطأ في تأدية الوظيفة . فهذا عيار ناري يطلقه الخفير ، يكون خطأ : تارة في تأدية الوظيفة . وطوراً بسبب الوظيفة ، وثالثة بمناسبة الوظيفة(١) .

٤٤٢ – الخطأ الأجنبي عن الوظيفة : وإذا كان الخطأ بمناسبة الوظيفة لا يجعل المتبوع مسئولا عن عمل تابعه . فأولى بالخطأ الأجنبي عن الوظيفة أن يكون له هذا الحكم .

ومن أمثلة الخطأ الأجنبي عن الوظيفة ما قضت به محكمة جنايات طنطا من أن الحكومة غير مسئولة عن جناية ارتكبها أحد رجال البوليس في وقت كان

---

(١) ومع ذلك فإن محكمة النقض قضت بمسئولية الحكومة عن كونستابل ذهب في مهمة رسمية ومعه مسدسه ، فزار في الطريق بعض أقاربه . وفي أثناء الزيارة عبث بالمسدس فانطلق وأصاب مقتلا من صبي كان بجانبه (نقض مدني ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠) . وكذلك قضت بمسئولية الحكومة عن بوليس ملكي تسلم سلاحا ناريا لمقتضيات وظيفته ، وذهب حاملا هذا السلاح إلى حفلة عرس دعي إليها ، وهناك أطلق السلاح إظهاراً لمشاعره الخاصة فأصاب أحد الحاضرين (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٠ ص ٥٨٢) . ويبدو أن التابع في هاتين القضيتين لم يرتكب الخطأ بسبب الوظيفة ، بل اقتصرت الوظيفة على أن هيأت له الفرصة لارتكاب الخطأ (قارن الوسيط للمؤلف ١ فقرة ٦٨٤ ص ١١٦٢ – ص ١١٦٣) .

فيه متغيباً عن عمله فى إجازة رسمية(١) . وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الخفير المتهم لم يكن عند ارتكابه جريمة القتل يؤدى عملا من أعمال الوظيفة مادام كان قد تخلى عن عمله الرسمى . وغادر منطقة حراسته للطرق الزراعية خارج البلدة إلى مكان الحادث داخل البلدة . إذ خف اليه عندما سمع بالمشاجرة للاعتداء على خصومه وقتل المجنى عليه . وكان المتهم لم يرتكب جريمته بسبب الوظيفة وإنما قتل المجنى عليه لنصرة فريقه ولشفاء ما يحمله من غل وحقد نحو خصومه وانتقاما منهم – متى كان ذلك فإن وزارة الداخلية لاتكون مسئولة عن جريمة خفيرها . مادامت وقعت خارج منطقة حراسته ولم تكن فى حالة تأدية وظيفته ولابسببها(٢) . كذلك لايكون المخدوم مسئولا إذا سرق خادمه متاعا من المنزل الذى يقيم فيه بعيداً عن سيده ، أو سرق شيئاً من مطعم يتردد عليه ، أو بدد وديعة اؤتمن عليها بصفته الشخصية(٣) .

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه مسئولية المتبوع

٤٤٣ – مسألتان : متى تحققت مسئولية المتبوع بتوافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما – رابطة التبعية وخطأ فى تأدية الوظيفة أو بسببها – قامت هذه المسئولية على أساس ينبغى تحديده . وهى على كل حال لاتجبُّ مسئولية التابع ، بل تقوم إلى جانبها .

---

(١) جنايات طنطا ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٣ ص ٣٤ .

(٢) نقض جنائى ٢٦ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٥ رقم ٩٣ ص ٢٩١ – وانظر أيضاً : نقض جنائى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١١ رقم ١٧٥ ص ٨٩٧ – استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٧ – ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣١ (الذى يتدخل دون حق فى عملية تسليم البضائع ، فيوجه مباشرة أوامر للحمالين ويخالف بذلك اللوائح . ليس له أن يرجع على إدارة الجمارك بالضرر الذى يحدثه الحمالون وهم ينفذون أوامره : وهنا نرى أن التابع قد ارتكب الخطأ الأجنبى عن الوظيفة فى المكان وفى الزمان اللذين يؤدى فيهما الوظيفة ، فليس من الضرورى إذن متى كان الخطأ أجنبيا عن الوظيفة أن يكون منقطع الصلة بها فى الزمان أو فى المكان) .

(٣) مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٠ ص ٢٠٧ .

فنتكلم فى مسألتين : (١) تكييف مسئولية المتبوع (٢) قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع .

§ ١ – تكييف مسئولية المتبوع

٤٤٤ – آراء مختلفة : ذهب كثير من الفقهاء إلى أن مسئولية المتبوع عن التابع تقوم على خطأ مفترض (faut présumée) فى جانب المتبوع . وأخذ بهذا الرأى كثير من أحكام القضاء . ولكن هذا الرأى كاد يصبح مرجوحا . وقام إلى جانبه آراء أخرى مختلفة . فهناك من يقول بأن مسئولية المتبوع تقوم على فكرة تحمل التبعة (risque) . وآخرون يقولون بل تقوم على فكرة الضمان (garantie) . وذهب بعض إلى أنها تقوم إما على فكرة النيابة (représentation) ، أو على فكرة الحلول (substitution) . والمتأمل فى هذه الآراء الخمسة يستطيع أن يردها إلى أصلين . فإما أن تكون مسئولية المتبوع عن التابع مسئولية ذاتية (responsabilité personnelle) ، أو هى مسئولية عن الغير (responsabilité pour antrui) . فإذا قدرنا أنها مسئولية ذاتية ، رددناها إلى اعتبار فى شخص المتبوع : خطأ فى جانبه وهذا هو الخطأ المفترض . أو نفع يجنيه لنفسه وهذا هو تحمل التبعة . وإذا قدرنا أنها مسئولية عن الغير ، رددناها إلى اعتبار فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع : فإما أن نعتبر المتبوع كفيلا للتابع وهذا هو الضمان ، أو نعتبر التابع نائبا عن المتبوع وهذه هى النيابة ، أو نعتبر شخصية التابع امتدادا لشخصية المتبوع وهذا هو الحلول .

والصحيح فى نظرنا أن مسئولية المتبوع عن التابع ليست مسئولية ذاتية ، بل هى مسئولية عن الغير . ولعلها هى المسئولية الوحيدة عن الغير فيما قرره القانون من مسئوليات مختلفة . فإن مسئولية متولى الرقابة مسئولية ذاتية كما رأينا ، وسنرى أن المسئولية عن الحيوان وعن البناء وعن الأشياء هى أيضا مسئولية ذاتية تقوم على خطأ فى جانب المسئول نفسه . فلا يبقى إلا مسئولية المتبوع عن التابع وهذه هى المسئولية عن الغير . ومتى قررنا أن مسئولية المتبوع عن التابع هى مسئولية عن الغير ، يستوى عندنا بعد ذلك أن تقوم على فكرة الضمان أو على فكرة النيابة أو على فكرة الحلول ،

فكل ذلك يؤدى إلى نتيجة رئيسية واحدة وإن اختلفت فى بعض التفصيلات .

ونستعرض الآن ، بعد هذا التمهيد ، الآراء الخمسة التى سبقت الإشارة إليها : الخطأ المفترض وتحمل التبعة والضمان والنيابة والحلول .

٤٤٥ – الخطأ المفترض : هذا الرأى هو الرأى التقليدى الذى كان سائداً إلى عهد قريب . ويتلخص فى أن المتبوع يقوم فى جانبه خطأ مفترض : خطأ فى الرقابة أو خطأ فى التوجيه أو خطأ فى الاختيار أو خطأ فيها جميعا . وهذا الخطأ مفترض افتراضا لايقبل إثبات العكس . فيفترض أن المتبوع قد قصر فى اختيار تابعه أو فى الرقابة عليه أو فى توجيهه . ولايقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر(١) .

ويؤخذ على هذا الرأى أنه يؤدى إلى نتيجتين لايصح التسليم بهما ، وهما :

أولا – لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس ، لأمكن المتبوع أن يتخلص من المسئولية إذا هو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بواجبه فى الاختيار والرقابة والتوجيه بما ينبغى من العناية ، أى إذا نفى علاقة السببية بين الضرر الذى وقع والخطأ المفترض فى جانبه(٢) ، وهذا مالا يستطيع بإجماع الفقه

---

(١) وقد صدرت من محكمة النقض أحكام كثيرة فى معنى الخطأ المفترض ، فقضت هذه المحكمة بأن ضمان السيد يقوم قانونا على مظنة خطأه فى اختياره خادمه وفى مراقبته إياه ، بما له عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة ، وهى مظنة قانونية تعفى المضرور من إثبات خطأ من المخدوم فى اختيار الخادم أو فى مراقبته (نقض جنائى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص٦٧). انظر أيضاً : نقض جنائى ٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ١ ص ١ – ٦ نوفبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣ – ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ – ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢ – ٧ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٦ رقم ٣١٦ ص ١٠٧٥ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض الجنائية ١٤ رقم ١٥٧ ص ٩٥٤ – نقض مدنى ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨ – ٢٨ نوفبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا (م٢٤٢/٣) يقضى بأن المتبوع يستطيع التخلص من المسئولية بإثبات أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر ، وقد حذفته لجنة مجلس الشيوخ (موعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٠) . وهذا بخلاف التقنين المدنى العراقى ، فقد نصت الفقرة ٢ من المادة ٢١٩ عن هذا التقنين على مايأتى : =

والقضاء . نعم هو يستطيع فى علاقة السببية ما بين الضرر الذى وقع وخطأ التابع لا خطأه هو ، فيتخلص من المسئولية ، ولكن لا عن طريق أنه غير مسئول عن تابعه ، بل عن طريق أن التابع نفسه غير مسئول ومسئولية المتبوع لاتقوم إلا تبعا لمسئولية التابع .

ثانيا — لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض . لسقطت هذه المسئولية إذا كان المتبوع غير مميز . فقد رأينا أن غير المميز لايتصور ارتكابه للخطأ فكيف يتصور افتراض الخطأ فى جانبه ! فإذا عرفنا أن المتبوع حتى لو كان غير مميز يكون مسئولا عن تابعه . وينوب عنه نائبه من ولى أووصى أو قيم فى القيام بالرقابة على التابع وفى توجيهه(١) ، أدركنا أن مسئولية المتبوع لايمكن أن تكون مبنية على الخطأ .

٤٤٦ — **تحمل التبعة** : قال بهذا الرأى الفقهاء الذين يجعلون مسئولية المتبوع ذاتية ، دون أن يقيموها على الخطأ . فمادام المتبوع مسئولا مسئولية ذاتية ، وما دام لايفترض خطأ فى جانبه ، فلا يبقى إلاأن يقال إن المتبوع ينتفع بنشاط تابعه فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط ، والغرم بالغنم . وهذا الرأى يتجنب العيبين اللذين أخذناهما على الرأى الأول ، فهو أولا لايجيز للمتبوع أن يتخلص من المسئولية حتى لو نفى علاقة السببية إذ المسئولية المبنية على تحمل التبعة لا ترتفع بنفى علاقة السببية ، وهو ثانيا يجعل المتبوع مسئولا ولوكان غير مميز فغير المميز إذا لم يجز قيام مسئوليته على الخطأ فإنه يجوز قيامها على تحمل التبعة .

ولكن هذا الرأى يؤخذ عليه هو أيضا أنه يؤدى إلى نتيجتين لايصح التسليم بهما ، وهما :

= « ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغى من العناية لمنع وقوع الضرر ، أو أن الضرر كان لابد واقعا حتى لو بذل هذه العناية » . فيستطيع المخدوم إذن ، فى التقنين العراقى ، دفع المسئولية إما بنفى الخطأ ، أو بنفى علاقة السببية .

(١) نقض مدنى ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨ — نقض جنائى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٩٥ ص ٢١٢ — ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٤ رقم ١٩٦ ص ٥٣٤ .

أولا – لو صح أن مسئولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة . ففيم إذن اشتراط وقوع خطأ من التابع ؟ أليس المتبوع يتحمل تبعة نشاط تابعه لا تبعة خطأه ، بل إن نشاط التابع الذى لا ينطوى على خطأ هو النشاط المألوف الذى ينتفع به المتبوع ، فهو أولى بالتحمل .

ثانيا – ولو صح أن مسئولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، وتحققت هذه المسئولية فوفى المتبوع المضرور ما يستحق من التعويض ، لما جاز للمتبوع أن يرجع على التابع . فالمتبوع إنما يتحمل تبعة نشاط يفيد منه فيكون قد أخذ مقابلا لما أعطى . ففيم إذن رجوعه على التابع ؟ ولكننا سنرى ، على النقيض من ذلك ، أن رجوع المتبوع على التابع أمر قد انعقد عليه إجماع الفقه والقضاء .

والحق أن مسئولية المتبوع ليست مسئولية ذاتية كما سبق القول ، فهى لا تقوم على خطأ يفترض فى جانب المتبوع ، ولا تستند إلى تبعة يجب أن يتحملها . وإنما هى مسئولية عن الغير ، المتبوع فيها لا خطأ فى جانبه ولكنه يتحمل جريرة تابعه لا تبعة نشاطه . وننتقل الآن إلى الآراء التى تتوخى هذا النظر .

٤٤٧ – مسئولية عن الغير – الضمان والنيابة والحلول : فالمتبوع إذن مسئول عن التابع مسئولية الشخص عن الغير . ويقيم بعض الفقهاء هذه المسئولية على أساس الضمان . فالمتبوع يكفل التابع فيما يرتكب هذا من خطأ يصيب الغير بالضرر . مادام للمتبوع حق الرقابة والتوجيه على التابع . ومادام الخطأ الذى ارتكبه التابع قد وقع فى تأدية الوظيفة أو بسببها . والمتبوع كفيل التابع دون أن يكون له حق التجريد إذ هو متضامن مع التابع ، فيجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع . والكفالة هنا مصدرها نص القانون لا الاتفاق .

ويقيم فريق ثان مسئولية المتبوع على أساس النيابة ، فالتابع نائب عن المتبوع ، والنيابة قانونية . ويلاحظ التوسع هنا فى فكرة النيابة فقد اتسع نطاقها حتى شملت الأعمال المادية . وكما يلزم النائب الأصيل بما يقوم به من التصرفات القانونية فى حدود نيابته كذلك يلزم التابع المتبوع بما يقوم

به من أعمال مادية — أى ما يرتكبه من خطأ — فى حدود تبعيته .

ويقيم فريق ثالث مسئولية المتبوع على أساس الحلول ، فالتابع قد حل محل المتبوع فإذا ارتكب خطأ فى الحدود المعروفة فكأنما المتبوع هو الذى ارتكب هذا الخطأ . أوقل إن التابع هو امتداد لشخصية المتبوع ، فما يقترف التابع من خطأ يكون المتبوع هو الذى اقترفه [1] . ولابد أن يضاف إلى هذا الرأى أن التابع يحل محل المتبوع فى التمييز أيضاً ، فلو ارتكب خطأ وهو مميز وكان المتبوع غير مميز انتقل تمييز التابع إلى المتبوع عن طريق الحلول .

واعتبار مسئولية المتبوع مسئولية عن الغير — على أى وجه فسرت هذه المسئولية وبخاصة إذا فسرت بفكرة الضمان[2] — يجعل المتبوع مسئولا عن تابعه ، ولا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو بنفى علاقة السببية ، وتبقى مسئوليته قائمة حتى لوكان غير مميز ، فمسئوليته عن التابع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز ، بل مصدرها القانون سواء كانت ضماناً أو نيابة أو حلولا[3] . وبذلك نتجنب العيبين اللذين كانا السبب فى نبذ فكرة الخطأ المفترض[4]

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن أساس مسئولية المتبوع هو فكرة الحلول ، فتتناول شخصية المتبوع شخصية التابع بحيث يعتبران شخصاً واحداً (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦) .

(٢) وفكرة الضمان هذه هى التى أخذت بها محكمة النقض أخيراً ، إذ قضت بأنه متى كان الحكم الجنائى قد قضى بإلزام الموظفين المقترفين للجريمة متضامنين بالتعويض المدنى كما قضى بإلزام الحكومة بهذا التعويض بطريق التضامن مع هؤلاء الموظفين على اعتبار أنها مسئولة عنهم مسئولية المتبوع عن تابعه وليست مسئولة معهم عن خطأ شخصى وقع منها ساهم فى ارتكاب هذه الجريمة ، فإنها بهذا الوصف تعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفالة ليس مصدرها العقد ، وإنما مصدرها القانون . فإذا دفعت التعويض المحكوم به على موظفيها باعتبارهم مسئولين عن إحداث الضرر الذى كان أساسا للتعويض تنفيذاً للحكم الجنائى الصادر فى الدعوى المدنية ، فإن لها بهذا الوصف أن تحل محل الدائن المحكوم له بالتعويض فى حقوقه ، ويكون لها الحق فى الرجوع على أى من المدينين المتضامنين بجميع ما أدته (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٥ ص ٢٧٠) .

(٣) انظر فى أن مسئولية المتبوع عن التابع لا تقوم على قرينة قانونية قاطعة بالخطأ ، بل هى مبنية على قاعدة موضوعية ، وفى القواعد الموضوعية التى تكيف خطأ بأنها قرائن قانونية : ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص ص ٤٥ — ص ٤٦ — الوسيط للمؤلف ٢ فقرة ٣٣٧ — وانظر ما يلى فى الإثبات عند الكلام فى القرنية القاطعة أو المطلقة .

(٤) ومزية أخرى لتكييف مسئولية المتبوع على أنها مسئولية عن الغير هى أن هذا التكييف =

§ ٢ – قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع

٤٤٨ – فيما بين المتبوع والمضرور : تستند مسئولية المتبوع إلى مسئولية التابع ، فمسئولية التابع تقوم إذن إلى جانب مسئولية المتبوع ، بل هى الأصل .

وينبنى على ذلك أن المضرور يكون بالخيار إما أن يرجع على التابع ، أو أن يرجع على المتبوع ، أو أن يرجع عليهما معاً ، والاثنان متضامنان أمامه . فإذا رجع على المتبوع رجع هذا على التابع كما سنرى ، وإذا رجع على التابع لم يرجع التابع على المتبوع .

٤٤٩ – فيما بين المتبوع والتابع : رأينا أنه إذا رجع المضرور على المتبوع دون التابع ، فللمتبوع أن يرجع على تابعه بجميع مادفع ، لأنه مسئول عنه لامسئول معه[١] . وهذا ما تنص عليه المادة ١٧٥ مدنى إذ تقول : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر »[٢] . وقد سبق أن بينا[٣] أن المسئول عن

= يفسر وجوب الاقتصار على العلاقة فيما بين المتبوع والمضرور ، فالمتبوع مسئول عن تابعه إزاء المضرور . وفى حدود هذه العلاقة وحدها يقوم هذا التكييف . فلا يقوم إذن فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع ، ولا يجوز للتابع أن يحتج بفكرة الضمان مثلا على المتبوع عند رجوع هذا عليه . ولكن ليس هناك ما يمنع المضرور ، وقد وقع عليه ضرر من خطأ التابع ، من أن يكون هو ذاته تابعا لنفس المتبوع . فإذا اعتدى موظف وهو يؤدى وظيفته على موظف آخر ، كانت الحكومة مسئولة عن الموظف الأول إزاء الموظف الآخر ، ولو أن الموظفين تابعان لها جميعا . وهذا هو ما يدعى فى القانون الإنجليزى باسم الخدمة المشتركة (common employment) .

(١) نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٥ ص ٢٧٠ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) – والذى يقع عادة هو أن يرجع المضرور على المتبوع دون التابع ، لأن الأول يكون غالبا هو الملىء . وفى هذه الحالة يجوز للمتبوع أن يدخل التابع ضامنا فى الدعوى ليحكم عليه بما عسى أن يحكم به على المتبوع . بل يجوز للمتبوع ، والدعوى مرفوعة من المضرور عليه هو والتابع معاً ، أن يرفع على التابع دعوى ضمان فرعية ليحكم له على التابع بما يحكم عليه للمضرور (نقض جنائى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ٤٧٥ ص ٦٠٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٦ (مطابق) – الليبى م ١٧٨ (مطابق) – العراقى م ٢٢٠ (موافق) – اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٣٠ .

عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع[١] ، وأن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض ، أما متولى الرقابة فيرجع على المميز دون عديم التمييز ، وأن هذه هى حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التى أشار إليها النص . على أن المتبوع قد لا يرجع على التابع إلا ببعض مادفع من التعويض . وذلك إذا أثبت التابع[٢] أن المتبوع قد اشترك معه فى الخطأ كأن يكون قد أمره بارتكابه أو ساهم معه فيه ، فيقسم التعويض بينهما فى علاقة أحدهما بالآخر وفقاً للقواعد التى قررناها عند تعدد المسئولية ، وهذه هى حدود أخرى لمسئولية الغير عن تعويض الضرر تضاف إلى الحدود التى تقدم ذكرها متعلقة بعدم امسئولية عديم التمييز نحو متولى الرقابة .

ويثبت المضرور عادة الخطأ فى جانب التابع حتى تقوم مسئولية المتبوع كما قدمنا ، فيستفيد المتبوع من ذلك ولايعود فى حاجة إلى إثبات خطأ التابع عند الرجوع عليه . ولكن قد يقع أن التابع يكون مسئولا نحو المضرور بموجب خطأ مفترض فى جانبه ، كأن يكون معلما مسئولا عن تلميذ ولم يستطع نفى الخطأ المفترض ، أويكون سائق سيارة احتفظ بحراستها فصار مسئولا نحو المضرور بموجب خطأ مفترض افتراضا لايقبل إثبات العكس . فى هذه الحالة لايحتاج المضرور إلى إثبات خطأ التابع لأن هذا الخطأ مفترض ، ولكن هذا الافتراض لايفيد المتبوع إذا رجع على التابع فعليه أن يثبت الخطأ فى جانب التابع ، لأن الخطأ المفترض إنما يقوم فى العلاقة ما بين التابع والمضرور لا فى العلاقة ما بين التابع والمتبوع .

---

(١) وقد سبق أن أشرنا إلى أن مسئولية المتبوع هى وحدها التى تتمحض مسئولية عن الغير ، أما مسئولية متولى الرقابة فهى مسئولية ذاتية تنتهى إلى أن تكون مسئولية عن الغير . فهى إذن ابتداء مسئولية ذاتية وانتهاء مسئولية عن الغير ، أما مسئولية المتبوع فهى مسئولية عن الغير ابتداء وانتهاء .

(٢) ولا يستطيع التابع أن يحتج على المتبوع بالمسئولية المفترضة ، فإن هذه لا يحتج بها على المتبوع إلا المضرور (نقض جنائى ١٩ مايو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٧٩ ص ٢٢٧ — نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٥ ص ٢٧٠) .

الفرع الثانى

المسئولية الناشئة عن الأشياء

٤٥٠ – حالات ثلاث : يسأل الشخص عما هو فى حراسته فى حالات ثلاث :

الأولى – مسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر.

الثانية – مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدام البناء من ضرر.

الثالثة – مسئولية من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر.

وتنتظم هذه الحالات الثلاث فكرة الخطأ فى الحراسة (faute dans la garde). فلا تزال المسئولية فيها مبنية على الخطأ . والحارس مسئول عن خطأفى الحراسة ، والخطأ فى الحراسة هو أن يترك الحارس زمام الشيء يفلت من يده فيحدث الضرر .

المبحث الأول

مسئولية حارس الحيوان

٤٥١ – مسألتاد : نبحث هنا أيضاً متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان

٤٥٢ – شرطاد لتحقق المسئولية : تنص المادة ١٧٦ مدنى على أن « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث

كان بسبب أجنبي لا يد له فيه »[1] . ويتبين من هذا النص أن تحقق المسئولية عن الحيوان يقتضي توافر شرطين : (١) تولى شخص حراسة حيوان . (٢) إحداث الحيوان ضرراً للغير .

§ ١ – حراسة الحيوان

٤٥٣ – تحليل هذا الشرط : لاتتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة حيوان . فنبين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ الحيوان :

٤٥٤ – الحراسة : قدمنا أن الخطأ فى الحراسة **(faute dans la garde)** هو أن يترك الحارس زمام الشيء يفلت من يده . فحارس الحيوان إذن هو من بيده زمامه ، فيملك السيطرة الفعلية عليه فى التوجيه والرقابة ويكون هو المتصرف فى أمره . فليس حارس الحيوان هو ضرورةً مالكه فقد ينتقل زمام الحيوان ، أى السيطرة الفعلية فى توجيهه وفى رقابته وفى التصرف فى أمره ، من يده إلى يد غيره ، فيصبح هذا الغير هو الحارس . وليس الحارس هو ضرورةً المنتفع بالحيوان ، إذا لم يكن لهذا السيطرة الفعلية فى توجيه الحيوان وفى رقابته . وليس الحارس هو من يكون الحيوان فى حيازته دون أن تكون له السيطرة الفعلية عليه فى التوجيه والرقابة ، فلا يعتبر حارساً بوجه عام لا الراعى ولا السائق ولا الخادم ولا السائس .

فالسيطرة الفعلية على الحيوان فى الرقابة والتوجيه والتصرف هى معيار الحراسة . ويمكن تفصيل هذا المعيار من الناحية العملية على الوجه الآتى : مالك الحيوان هو فى الأصل صاحب السيطرة الفعلية عليه ، فله التوجيه والرقابة وهو المتصرف فى أمره . ومن ثم يكون حارس الحيوان هو أصلا مالكه . وإذا رجع المضرور على المالك فليس عليه أن يثبت أنه هو الحارس ، بل المالك هو الذى عليه أن يثبت أنه لم يكن حارس الحيوان وقت إحداثه الضرر . وإذا أفلت زمام الحيوان من يد المالك بأن ضل الحيوان أو تسرب ، كان هذا خطأ فى الحراسة وكان المالك مسئولا عما حدثه الحيوان من ضرر .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٧ (مطابق) – الليبى ١٧٩ (مطابق) - العراق م ٢٢١ – ٢٢٧ (موافق) – اللبنانى م ١٢٩ – ١٣٠ (موافق) .

وإذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد آخرى . فإن كان قد انتقل رغم إرادة المالك أو دون علمه . كما لو انتقل إلى لص سرق الحيوان ، أو إلى تابع للمالك استولى على الحيوان واستعمله لمنفعته الشخصية ، فإن السيطرة الفعلية على الحيوان تنتقل فى هذه الحالة من المالك إلى هذا الغير . ويصبح السارق أو التابع هو الحارس . فيكون هو المسئول عما يحدث الحيوان من ضرر . وتتبين من ذلك أنه ليس من الضرورى أن تكون السيطرة الفعلية سيطرة مشروعة ، ففى المثلين اللذين نحن بصددهما يتضح أن كلا من اللص والتابع مسيطر على الحيوان سيطرة غير مشروعة .

أما إذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد الغير برضاء من المالك ، وكان الغير تابعا للمالك كالسائق والسائس والخادم والراعى . فالأصل أن انتقال الحيوان إلى يد التابع لاينقل إليه السيطرة الفعلية على الحيوان إذ الغالب أن المالك يستبقى سيطرته الفعلية على الحيوان حتى بعد أن يسلمه لتابعه ، فيبقى المالك فى هذه الحالة هو الحارس . ولكن لاشىء يمنع من أن تنتقل السيطرة الفعلية إلى التابع ، كما إذا سلم صاحب الحصان حصانه لخيال (jockey) يجرى به فى السباق فإن الخيال يكون هو الحارس ، ويكون مسئولا مسئولية الحارس كما يكون المالك مسئولا عنه مسئولية المتبوع . وإذا كان المالك قد نقل الحيوان إلى شخص آخر غير التابع ينتفع به . كالمستأجر أو المستعير . انتقلت فى الغالب من الأحوال إلى هذا الشخص السيطرة الفعلية على الحيوان ، إذ هو فى سبيل الانتفاع به يمسك زمامه فى يده وله حق التصرف فى أمره . فإن نقله المالك إلى شخص غير التابع لاينتفع به بل للمحافظة عليه أو لعلاجه ، كصاحب الإصطبل وصاحب الفندق والطبيب البيطرى . فالأصل هنا أيضاً أن السيطرة الفعلية تنتقل إلى هذا الشخص ويكون هو الحارس . ولكن قد يستبقى المالك فى هذه الحالة السيطرة الفعلية على الحيوان فى أثناء الوديعة أو وقت العلاج ، فيبقى هو الحارس .

٤٥٥ — الحيوان : أى نوع من الحيوان . مستأنساً كان أو متوحشاً ، كبيراً أو صغيراً ، خطراً أو غير خطر . يكون حارسه مسئولا عنه . فالدواب والبهائم بأنواعها المختلفة من خيل وبغال وحمير وجمال ومواش ، والحيوانات

الأليفة من كلاب وقطط وقردة . والدواجن والطير . وما عسى أن يمتلك الشخص من حيوانات مفترسة كالسباع والنمور والفيلة وغيرها . كل هذا يكون حارسه مسئولا عنه . وقد يكون الحيوان معتبراً عقاراً بالتخصيص كالمواشي الملحقة بأرض زراعية . ولا يمنع ذلك من أن يكون حارسها مسئولا عنها ولا عبرة بأنها تعد عقاراً .

ولكن يشترط أن يكون الحيوان حيا . ومملوكا لأحد من الناس . وأن تكون حراسته ممكنة . فجثة الحيوان الميت تعتبر شيئاً غير حي لا حيوانا ، والمسئولية عنها تكون مسئولية عن شيء غير حي لا عن حيوان فلا تتحقق إلا إذا كانت حراستها تتطلب عناية خاصة . والطير الذي لا مالك له لا يسأل شخص عما يحدثه من التلف . إلا إذا ثبت خطأ في جانبه . والجراد إذا أصاب زرعا فأتلفه . لا يسأل عن عمله إلا شخص ثبت أنه أثار الجراد بخطأه .

§ ٢ – إحداث الحيوان ضررا للغير

٤٥٦ – تحليل هذا الشرط : حتى تتحقق مسئولية حارس الحيوان ، يلزم أن يكون هذا الحيوان قد أحدث ضرراً للغير . فيلزم إذن أن يكون الضرر من فعل الحيوان (fait de l'animal). ويكون هناك أمران نتكلم فيهما : (١) فعل الحيوان (٢) والضرر الذي يحدثه .

٤٥٧ – فعل الحيوان : يجب أن يكون الحيوان قد أتى عملا إيجابيا كان كان هو السبب في الضرر . فإذا لم يكن للحيوان دور إيجابي كما إذا ارتطم شخص بجسم حيوان حي فجرح فإن الضرر لا يكون في هذه الحالة من فعل الحيوان . ولكن ليس من الضروري أن يكون الحيوان قد اتصل اتصالا ماديا بالجسم الذي ألحق به الضرر . فلو خرج حيوان مفترس في حراسة شخص فجأة إلى الطريق العام . فأصاب الذعر أحد المارة وسقط فجرح دون أن يمسه الحيوان . فهذا الضرر يعتبر من فعل الحيوان .

وقد يشترك مع الحيوان عامل آخر في إحداث الضرر . كما إذا كان المتسبب المباشر في الإصابة هي المركبة التي يجرها الحيوان . فإذا كان الحيوان هو العامل المتغلب كما هو الراجح فإن الإصابة تعتبر من فعله . ويدق الأمر

إذا كان الحيوان عند إحداث الإصابة يقوده إنسان أو يمتطيه . والرأى الصحيح أن الإصابة تعتبر من فعل الحيوان فتقوم مسئولية الحارس على خطأ مفترض، لا من فعل الإنسان حتى يكلف المضرور إثبات الخطأ فى جانبه . ذلك أن راكب الحيوان أو قائده لا تعتبر الإصابة من فعله إلا إذا كان قد تعمدها . فإن اعترف بذلك وهذا غير محتمل كان الخطأ ثابتا فى جانبه . وإلا فإن الحيوان عندما أحدث الضرر يكون زمامه قد أفلت من يد حارسه وتكون الإصابة قد حدثت بفعل الحيوان .

٤٥٨ — *الضرر الذى يحدثه الحيوان* : أى ضرر يحدثه الحيوان يكون الحارس مسئولا عنه . كما إذا دهس الحيوان شخصاً فجرحه أو قتله . أو أتلف مالا مملوكا للغير ولو كان هذا المال حيوانا مثله[١] . أو عض كلب إنسانا فأحدث به ضرراً[٢] . أو انتقل مرض معد من حيوان مريض .

والغالب أن يقع الضرر الذى يحدثه الحيوان على الغير . ويعتبر فى حكم الغير تابع المالك إذا لم تنتقل إليه الحراسة فيكون المالك مسئولا تجاه السائس أو السائق بالخطأ المفترض[٣] . وقد يقع الضرر على المالك إذا كان غير

---

(١) فإذا أحدث الحيوان ضرراً بحيوان آخر ، رجع مالك الحيوان المضرور على حارس الحيوان الأول بالخطأ المفترض لأنه من الغير . وإذا اتفق شخصان على أن يتركا مواشيهما فى مكان واحد وأن يعفى كل منهما من مسئوليته عن مواشيه ، فإن شرط الإعفاء يكون إعفاء من المسئولية التقصيرية فيكون باطلا ، ويعتبر كل منهما مسئولا عن مواشيه قبل الآخر بموجب خطأ مفترض .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا دخل شخص حديقة منزل فيها كلب مطلق السراح مع علمه بالخطر ودون رفقة أحد الخدم ، فعضه الكلب ، جازت له مطالبة صاحب المنزل بتعويض لأن هذا أخطأ فى تركه كلب خطر مطلق السراح (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا أصيب « عربجى » من حصان مخدومه ، فإن السيد ملزم بالتعويض (استئناف وطنى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٠ ص ٣٧) . وقضت محكمة استئناف مصر فى مسئولية صاحب جمل عض جماله الجمال عندما كان يقدم له الطعام بأن افتراض الخطأ يبقى دائماً فى جانب المالك (استئناف مصر ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١٠٨٠) . وقضت كذلك بمسئولية صاحب الجمل نحو أجير عقره الجمل (استئناف مصر ١٧ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ ص ٥٢٩) . أما إذا ثبت خطأ فى جانب المضرور ، فإن هذا الخطأ قد ينفى علاقة السببية فترتفع المسئولية (طنطا الاستئنافية ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٠ ص ٣٣٧ : الخادم لم يتخذ الاحتياطات الضرورية لتكميم الجمل فى فصل معين من السنة) .

=

الحارس ، فيعتبر المالك غيرا فى هذه الحالة ويرجع على الحارس بالخطأ المفترض . أما إذا وقع الضرر على الحارس نفسه ، فإنه لايستطيع الرجوع على المالك إلا إذا أثبت خطأ فى جانبه . وإذا أوقع الحيوان الضرر بذاته بأن اختنق بحبل مثلا . وكان الحارس هو المالك هلك الحيوان على مالكه . فإذا كان الحارس غير المالك لم يستطع المالك أن يحتج على الحارس بالخطأ المفترض فإن افتراض الخطأ لايقوم إلا لضرر أصاب الغير لاالحيوان ذاته . ولكن يجوز للمالك أن يثبت خطأ فى جانب الحارس فيرجع عليه بالتعويض للخطأ الذى أثبته لا لخطأ مفترض .

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه مسئولية حارس الحيوان

٤٥٩ — مسألتاں : متى تحققت مسئولية حارس الحيوان على النحو الذى قدمناه . قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس كما سبق القول . ونبين الآن ماهو هذا الخطأ . وإلى أى حد هو مفترض .

٤٦٠ — خطأ فى الحراسة : الخطأ المفترض هو خطأ فى الحراسة ، وهو إفلات الحيوان من سيطرة الحارس لأن هذا الإفلات هو الذى أحدث الضرر . ولا يكلف المضرور إلا بإثبات أن المدعى عليه هو حارس الحيوان[1] . وأن الضرر قد وقع بفعل الحيوان على التفصيل المتقدم .

٤٦١ — الافتراض لا يقبل إثبات العكس : والخطأ هنا مفترض افتراضا لايقبل إثبات العكس[2] . فلايجوز للحارس أن ينفى الخطأ عن

= وإذا كانت هناك علاقة عقدية ما بين حارس الحيوان والمضرور ، كما إذا استأجر شخص الحيوان وصاحبه للانتقال من مكان إلى آخر ، فأفلت الحيوان بالمستأجر ، فإن صاحب الحيوان يكون مسئولا مسئولية عقدية لأنه التزم بضمان سلامة الراكب .

(١) وقد قدمنا أن هناك قرينة على أن المالك هو الحارس ، إلى أن يثبت أن حراسة الحيوان قد خرجت من يده .

(٢) وتختلف مسئولية صاحب الحيوان الجنائية عن مسئوليته المدنية ، ففى الأولى لا يفترض الخطأ بل يجب إثباته (نقض جنائى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٣ ص ٢٦٣) . =

نفسه بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يحدث الحيوان الضرر . ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن زمام الحيوان قد أفلت من يده ، وهذا الإفلات هو ذات الخطأ ، وقد ثبت الإفلات بدليل وقوع الضرر ، فلا حاجة إذن لإثباته بدليل آخر ، ولا جدوى من نفيه بإثبات العكس . وهذا هو المعنى المقصود من أن الخطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس ، فهو خطأ قد تم إثباته ، ولا يتصور إذن أن يثبت عكسه(١) .

ولا يستطيع حارس الحيوان أن ينفي عنه المسئولية إلا بنفى علاقة السببية ما بين فعل الحيوان والضرر الذى وقع . وذلك بأن يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي أى بقوة قاهرة أو حادث فجائى أو خطأ المضرور أو خطأ الغير(٢) . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ مدنى إذ تقول : « .. وذلك ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » .

= ولكن المسئولية المدنية تعتبر قائمة على الخطأ لا على تحمل التبعة ، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالحيوان لا الحارس ، ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبى . ولتحققت المسئولية ولو كان المدعى عليه عديم التمييز كما هى الحال فى مسئولية المتبوع عديم التمييز - انظر فى أن مسئولية حارس الحيوان تقوم على قاعدة موضوعية لا على قرينة قانونية وأنها تتحقق حتى لو كان حارس الحيوان غير مميز : عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥١٧ - فقرة ٥١٨ .

(١) وافتراض الخطأ إنما يقوم فى العلاقة ما بين الحارس والمضرور . فلا يقوم كما قدمنا إذا أحدث الحيوان ضرراً لنفسه أو أحدث ضرراً للحارس .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٨ (لا يكفى أن يقال إن الحصان جفل من قدوم راكب آخر أو أن الحصان كان يسير وسط الطريق) - ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٥٨ (ترك الحمار على الرصيف دون قيد ولكن عابر الطريق تعرض له بمر : خطأ مشترك) - ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٤ (من يقود حيواناً فى طريق عام يجب أن يحكم وثاقه حتى لا يفلت منه) - ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢ (لا يكفى أن يكون المصاب عالما بأن الكلب مطلق السراح وهو كلب خطر فقد كان الواجب على الحارس ألا يدع الكلب مطلق السراح وهو خطر : وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) - الإسكندرية الجزئية المختلطة ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ١٨٧ ص ١٧٢ (تعتبر قوة قاهرة أن ينزعج حصان من أجراس مركبة الحريق فيجفل فيصيب أحد المارة) - استئناف مصر ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٥ ص ٢٧٥ (تدخل لوقف جواد جمح من سائقه فأصابه ضرر : فلا يجوز لحارس الحيوان أن يدفع المسئولية عن نفسه بدعوى أن المصاب قد أخطأ بتدخله إذ أن هذا التدخل هو عمل إنسانى لا خطأ فيه) - وانظر أيضاً : استئناف مصر ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٨٥ ص ١٠٨٠ - ١٧ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ ص ٥٢٩ . =

المبحث الثانى

مسئولية حارس البناء

٤٦٢ – مسألتاد : نبحث هنا أيضاً متى تتحقق المسئولية عن تهدم البناء، وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق المسئولية عن تهدم البناء

٤٦٣ – شرطاد لتحقق المسئولية : تنص المادة ١٧٧ مدنى على أن « ١ – حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه . ٢ – ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه »[1]. ويتبين من هذا النص أن تحقق المسئولية عن

= وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ قضى بتقرير مسئولية وزارة الحربية عن الضرر الناشئ عن إحدى الأفراس المملوكة لها ، قد أقام قضاءه على أن مورث المطعون عليها كان وكيلا عسكريا بالوزارة المذكورة ومن أخص أعمال وظيفته القيام بالعمل الذى قام به وفقاً لما قرره المجلس العسكرى الذى شكل عقب وقوع الحادث ، وأنه وقت إصابته كان فى طريقه للخروج من ساحة العرض بعد أن تم استعراض الخيول ، وأن الحادث لم يقع بقوة قاهرة أو بسبب خطأ من جانب المصاب ، وأن مسئولية مالكة الحيوان (الوزارة) لا تتوقف على خطأ معين يثبت فى حقها وأنها تقوم على مظنة الخطأ وحدها وهى بمثابة قرينة قانونية تستلزم مساءلتها ، فإن المحكمة تكون قد نفت فى حدود سلطتها الموضوعية وقوع الحادث بقوة قاهرة أو بسبب خطأ من جانب مورث المطعون عليها ، وهى إذ قضت بمسئولية الوزارة عن الضرر الذى أصاب المطعون عليها بوفاة مورثها تكون قد استندت فى هذا الشأن إلى أسباب مسوغة لحكمها (نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٥ ص ٥٠٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٨ (موافق) – الليبى م ١٨٠ =

تهدم البناء يقتضى توافر شرطين : (١) حراسة البناء . (٢) أن يكون تهدم البناء هو الذى أحدث الضرر .

§ ١ – حراسة البناء

٤٦٤ – تحليل هذا الشرط : لاتتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة بناء . فنبين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ البناء .

٤٦٥ – الحراسة : تتحدد الحراسة هنا على النحو الذى تحددت به فى حراسة الحيوان . فحارس البناء إذن هو من له السيطرة الفعلية على البناء ، فيكون مكلفاً بحفظه وتعهده بالصيانة والاستيثاق من أنه ليس قديما ولا معيباً بحيث يتهدد الناس بالخطر ، ويكون هو من المتصرف فى أمره . ويستوى أن تكون السيطرة شرعية أو غير شرعية ، مادامت سيطرة فعلية . وحارس البناء لا يكون ضرورة هو المالك ، أو المنتفع ، أو الحائز .

والأصل أن مالك البناء هو الذى يسيطر عليه سيطرة فعلية وهو المتصرف فى شؤونه ، ومن ثم توجد قرينة على أن حارس البناء هو المالك . والبائع قبل التسليم ، حتى بعد تسجيل عقد البيع ، يستبقى السيطرة الفعلية على البناء فيبقى هو الحارس . ولا تنتقل الحراسة إلى المشترى إلا بالتسليم . والمقاول الذى قام بتشييد البناء يعتبر حارساً له ، حتى يسلمه إلى مالكه . والمالك المعلق

= (موافق) – العراقى م ٢٢٨ – ٢٣٠ (مقارب) – اللبنانى م ١٣٣ (مقارب) .

وهذا النص استحدثه التقنين المدنى الجديد فلا يسرى إلا من تاريخ العمل به . أما التقنين المدنى السابق فلم يشتمل على نص مقابل ومن ثم كانت المسئولية عن البناء تستلزم إثبات الخطأ فى جانب حارسه . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى بالتعويض للمدعين عن الأضرار التى لحقت منزلهم قد حمل المدعى عليها مسئولية سقوط حائط منزلها دون بيان وجه خطأها فى ذلك ، مع وجوب هذا البيان عملا بالمادة ١٥١ من التقنين المدنى السابق المنطبق على واقعة الدعوى ، والذى لم يرد فيه نص كالمادة ١٧٧ من التقنين المدنى الجديد تفترض مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدامه من ضرر ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه ، وهذا تشريع مستحدث لا يسرى إلا من تاريخ العمل به ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠ ص ٩٨) .

ملكه على شرط – فاسخ أو واقف – يعتبر أنه هو الحارس إذا تسلم البناء وكانت له عليه السيطرة الفعلية .

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره . كالمنتفع والمستحكر والمرتهن رهن حيازة . أما المستأجر والمستعير فلا يعتبران في الغالب من الأحوال حارسين ، لأن السيطرة الفعلية على البناء – خلافا للحيوان والمنقول – تبقى عادة عند المالك[1] .

وقد يجعل القانون للحارس حق الرجوع على شخص آخر مسئول نحوه ، كمهندس البناء والمقاول وهما مسئولان بالتضامن عما يحدث في خلال عشر سنوات من ضرر عن تهدم البناء (م ٦٥١ مدني) . وكالمستأجر وهو مسئول عن صيانة العين المؤجرة . وكالبائع وهو ضامن للعيب الخفي .

٤٦٦ – **البناء** : والبناء هو مجموعة من المواد مهما كان نوعها – خشباً أو جيراً أو جبسا أو حديداً أو كل هذا معاً أو شيئاً غير هذا – شيدتها يد الإنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار . ويستوي أن يكون البناء معداً لسكنى إنسان أو لإيواء حيوان أو لإيداع أشياء . فالبيوت والزرائب والمخازن تعتبر بناء . بل قد لايكون البناء معداً لشيء من ذلك ، فالحائط المقام بين حدين بناء ، والعمد التذكارية وما إليها من تماثيل مبنية على سطح الأرض بناء . وكذلك القناطر والخزانات والسدود والجسور . وكل ماشيد في باطن الأرض بناء كالأنفاق والمصارف والمجارى وأنابيب المياه والغاز . ويعتبر كل هذا بناء ولو لم يتم تشييده . فإذا أحدث تهدمه وهو لما يزل في دور التشييد ضرراً كان الحارس – وهو المقاول عادة – مسئولا عنه .

ولاتعتبر المصاعد بناء . وكذلك الأرض لاتعتبر بناء . فإذا تطايرت منها شظايا أضرت بالغير فلا يعتبر هذا الضرر قد أحدثه تهدم البناء .

§ ٢ – تهدم البناء هو الذى أحدث الضرر

٤٦٧ – **تحليل هذا الشرط** : يجب أن يكون الضرر ناجماً من تهدم البناء ، فننظر فيما يعتبر تهدما ومالا يعتبر كذلك .

---

(١) نقض مدني ١٧ يونيه سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ ص ١٧٥ .

٤٦٨ — ما يعتبر تهدماً : تهدم البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض . ويستوى أن يكون كلياً أو جزئياً ، كما إذا وقع سقف أو تهدم حائط أو انهارت شرفة أو سقط سلم . ويستوى كذلك أن يكون البناء قديماً أو جديداً ، معيباً أو غير معيب . فلو تخرب مبنى بسبب قدمه أو بسبب عيب فيه أو بسبب حادث كأن يرمى بالقنابل فى غارة جوية ، فإن تهدمه بعد ذلك تهدماً كلياً أو جزئياً إذا أحدث ضرراً يرتب مسئولية فى ذمة حارس البناء بموجب خطأ مفترض .

٤٦٩ — ما لا يعتبر تهدماً : ولا يعتبر تهدماً أن يزلق شخص وهو يمشى فى غرفة « أرضيتها » زلقة . ولو أن جسماً صلباً سقط من نافذة فى مبنى فوقع على شخص وأصابه بأذى ، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً من تهدم البناء مادام سقوط الجسم الصلب لم يكن نتيجة لتهدم النافذة .

ويجب أن ينجم الضرر من تهدم البناء تهدماً فعلياً . فإذا كان البناء لم يتهدم ولكنه يهدد بالتهدم ، فقد أجاز التقنين المدنى (م١٧٧ / ٢ مدنى سالفة الذكر) اتخاذ تدابير واقية ، فيجوز لمن كان مهدداً بضرر أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من الاحتياطات الضرورية لدرء الخطر . فإذا لم يقم المالك بذلك ، جاز الحصول على إذن المحكمة فى اتخاذ هذه الاحتياطات على حسابه . ومالك البناء ، دون حارسه ، هو المكلف باتخاذ هذه الاحتياطات .

والحريق غير التهدم ، فإذا احترق بناء وامتدت الحريق إلى مبان مجاورة ، لم يكن الضرر ناجماً من تهدم البناء . حتى لو كان البناء المحترق انهدم عقب الحريق مباشرة نتيجة للحريق فأصاب الغير بالضرر . أما إذا انهدم البناء بعد الحريق بمدة كافية ، ولو كان الانهدام نتيجة الحريق ، فإن الضرر الذى يحدث يكون ناجماً من تهدم البناء .

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه المسئولية عن تهدم البناء

٤٧٠ — مسألتان : متى تحققت مسئولية حارس البناء على النحو الذى قدمناه ، قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس كما سبق القول . فنبين ما هو هذا الخطأ ، وإلى أى حد هو مفترض .

٤٧١ — ما هو الخطأ : يكلف المضرور أولا بإثبات أمرين : (١) أن الضرر نجم من تهدم البناء . (٢) وأن المدعى عليه هو حارس البناء الذى تهدم . فإذا ما أثبت المضرور ذلك ، كان على حارس البناء ، حتى يدفع مسئوليته عن طريق نفى الخطأ ، أن يثبت أن تهدم البناء لايرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أوقدم فى البناء أو عيب فيه .

فإذا لم يستطع إثبات ذلك . افترض القانون أمرين : (١) أن التهدم سببه إما إهمال فى صيانة البناء ، أوقدم هذا البناء ، أو وجود عيب فيه . (٢) أن هذا الإهمال فى الصيانة أو القدم أو العيب منسوب إلى خطأ حارس البناء ، فهو الذى قصر بأن لم يعن عناية كافية بصيانة البناء أو بتجديده أو بإصلاح ما فيه من عيب ، فترتب على هذا التقصير أن تهدم البناء .

ومن ثم نرى أن مسئولية حارس البناء تقوم على خطأ مفترض فى جانبه . هو الإهمال فى صيانة البناء أوفى تجديده أو فى إصلاحه حتى تداعى البناء وتهدم فأصاب الغير بالضرر[١] .

٤٧٢ — إلى أى حد هو مفترض : هذا الخطأ المفترض فى جانب حارس البناء هو كما رأينا خطأ ذو شقين . الشق الأول يقوم على أن التهدم سببه إهمال فى صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه والافتراض هنا قابل لإثبات العكس . والشق الثانى يقوم على أن الإهمال منسوب إلى خطأ الحارس والافتراض هنا غير قابل لإثبات العكس .

فحارس البناء يستطيع أن ينفى الشق الأول ، بأن يثبت أن التهدم ليس سببه إهمالا فى صيانة البناء أو فى تجديده أو فى إصلاحه كما قدمنا . وهو يستطيع ذلك بإحدى وسيلتين : إما بإثبات أن البناء لم يكن فى حاجة إلى صيانة أو تجديد أوإصلاح بل كان الحارس قائما كما ينبغى بصيانته وتجديده وإصلاحه ، أو بإثبات أن التهدم كان نتيجة لسبب غير الحاجة إلى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح كحريق شبت فى البناء أومتفجرات دمرته أوقنابل ألقيت عليه أو نحو ذلك . فإذا قام بهذا الإثبات دفع عن نفسه الخطأ المفترض .

---

(١) ولا يشترط أن تكون هناك رابطة قانونية بين حارس البناء والمضرور (نقض جنائى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٦ رقم ٤٣٢ ص ١٤٦٣) .

ووجب عندئذ تطبيق القواعد العامة فيتعين على المضرور أن يثبت خطأ فى جانب حارس البناء .

فإذا لم يستطع حارس البناء نفى الشق الأول . بقى هذا الشق مفترضا فى جانبه . وكذلك يبقى الشق الثانى مفترضا لأن افتراضه لايقبل إثبات العكس. ويعتبر الإهمال فى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوبا إلى خطأه . ولايستطيع الحارس فى هذه الحالة أن يدفع عن نفسه المسئولية إلا بنفى علاقة السببية ما بين تهدم البناء والضرر الذى وقع . بأن يثبت مثلا أن زلزالا كان هو السبب فى التهدم وهذه هى القوة القاهرة . أو أن عدواً مغيراً هو الذى خرب البناء وهذا هو خطأ الغير . أو أن المضرور نفسه هو الذى منع حارس البناء من القيام بأعمال الصيانة أو التجديد أو الإصلاح وهذا هو خطأ المضرور.

ولما كان عدم التمييز لايتصور الخطأ فى جانبه . وكانت مسئولية حارس البناء قائمة على خطأ مفترض . فحارس البناء لايجوز أن يكون عديم التمييز . وتنتقل الحراسة إلى من يقوم مقامه من ولى أو وصى أو قيم . وهذه هى القاعدة أيضاً فى كل مسئولية تقوم على الحراسة . كالمسئولية عن الحيوان والمسئولية عن الأشياء(١) .

المبحث الثالث

مسئولية حارس الأشياء(*)

٤٧٣ — تطور المسئولية عن الأشياء : تطورت المسئولية عن الأشياء

---

(١) قارن أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٠٣ هامش ١ . عبد المنعم فرج الصدة ص ٥٧٠ .

(*) مراجع : سالى فى حوادث العمل والمسئولية المدنية سنة ١٨٩٧—جوسران فى المسئولية عن فعل الشىء سنة ١٨٩٧ — پيزييه **(Pisier)** رسالة من باريس سنة ١٨٩٩—بونيه **(Bonnet)** رسالة من پواتييه سنة ١٩٠٨ — ڤيترى **(Vitry)** رسالة من ليل سنة ١٩٢٢ — توازن **(T.uzin)** رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ — بيسون **(Beson)** رسالة من ديجون سنة ١٩٢٧ — دلاكروا **(Delacroix)** رسالة من تولوز سنة ١٩٢٨ — ليسيو **(Lucie)** رسالة من رن سنة ١٩٢٨ — كورنى **(Cornu)** رسالة من مونپلييه سنة ١٩٢٩ — لارتيج **(Lartige)** رسالة من تولوز سنة ١٩٣١— چربوى =

غير الحية (choses inanimées) تطوراً سريعا منذ بداية القرن العشرين . فقد كانت بادئ الأمر قائمة على أساس وجوب إثبات خطأ فى جانب المسئول . ولم يفكر واضعو التقنين المدنى الفرنسى فى تخصيص قاعدة لهذا النوع من المسئولية . بل إن المشرع الفرنسى ، عندما قرر المسئولية عن الأشياء فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى ، فنص على أن « الشخص مسئول .. عن الأشياء التى تكون فى حراسته » ، لم يكن يقصد إلا الحالتين اللتين نص عليهما بعد ذلك ، وهما المسئولية عن الحيوان والمسئولية عن البناء ، بعد أن مهد لهما بهذه العبارة العامة .

ولكن ما لبثت الحياة الاقتصادية أن تطورت تطوراً عظيما ، فقامت الصناعات الكبيرة ووسائل النقل السريعة . ومن يستخدم هذه المخترعات ، فيعرض الأرواح للخطر والأموال للتلف ، ينبغى أن يكون خاضعا فى المسئولية لقاعدة أشد من القاعدة التى يخضع لها فى مسئوليته عن فعله الشخصى . وإذا بقينا نشترط إثبات الخطأ فى جانب صاحب الشيء ، فإنه يتعذر على المضرور فى أكثر الأحوال إثبات هذا الخطأ . لذلك أخذ الفقه والقضاء فى فرنسا يتوسعان فى تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى ، فجعلاها تقرر المسئولية عن الأشياء على أساس خطأ مفترض فى جانب من يوجد الشيء فى حراسته .

وبقى هذا الخطأ المفترض فى جانب الحارس فى تطور مستمر ، منذ مستهل القرن العشرين . فقد كان افتراض الخطأ بادئ الأمر قابلا لإثبات العكس ، ثم أصبح غير قابل لذلك . وكان الخطأ المفترض مقصوراً على الأشياء المنقولة ، ثم جاوزها إلى العقار . وكان يستثنى من دائرة الخطأ المفترض الأشياء التى

= (Gerbouille) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ — ليبمان (Libmann) رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٣٣ — بيشيه (Bichet) رسالة من ديجون سنة ١٩٣٣ — دافيد (David) رسالة من ليل سنة ١٩٣٤ — فورز (Forse) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٦ — لاردنوا (Lardennois) رسالة من نانسى سنة ١٩٣٦ — بينيكس (Beineix) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — فيزل (Fiezel) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — سين (Sen) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ — لاندل (Landelle) رسالة من رن سنة ١٩٤٠ — ليفقر (Lefebvre) رسالة من باريس سنة ١٩٤١ — جولدمان (Goldmann) رسالة من ليون سنة ١٩٤٧ .

تحكمها عمل الإنسان كالسيارات ونحوها . ثم عممت القاعدة فشملت جميع الأشياء . وكان هناك تفريق بين الشيء الخطر ويكون الخطأ فيه مفترضا والشيء غير الخطر ويطلب فيه إثبات الخطأ . ثم زالت هذه التفرقة . وهكذا أصبحت دائرة الخطأ المفترض تتسع لأى شيء ، منقولا كان أو عقارا ، متحركا بقوته الذاتية أو محركا بيد الإنسان ، خطراً أو غير خطر . ولم يستبق القضاء الفرنسي إلا معنى الحراسة (garde) ، فهو يبنى المسئولية عن الشيء على خطأ فى حراسته (faute dans la garde) . وهذا الخطأ مفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس .

أما فى مصر ، فكانت الحالة فى التقنين المدنى السابق تختلف عنها فى فى فرنسا ، فلم يتضمن التقنين السابق نصاً يقابل الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى ، وقد رأينا أن القضاء الفرنسي قد استند إلى هذا النص فى تأسيس نظريته الجديدة فى المسئولية عن الأشياء . وقد تضمن القضاء المصرى أحكاما تذهب إلى جعل المسئولية عن الشيء مبنية على خطأ مفترض فى جانب الحارس[(١)] . وقاست أحكام أخرى المسئولية عن الشيء على المسئولية عن الحيوان[(٢)] ، بل هناك من الأحكام ما ذهب إلى مدى أبعد فقال بنظرية تحمل التبعة[(٣)] . ولكن القضاء المصرى فى مجموعه كان لايزال يرى أن المسئولية عن الشيء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ فى جانب الحارس[(٤)]. على أنه كان

---

(١) استئناف مصر ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٩ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٤ ص ٧٦٠ – استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٩ – ٢٩ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٥ .

(٢) استئناف أسيوط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٦ ص ٢٤٤ .

(٣) مصر الكلية الوطنية ٢٦ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٦٧ ص ٥٦٠ – الزقازيق الكلية ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٨٨ ص ١٦٩ : وقد خلط هذا الحكم بين الخطأ المفترض وتحمل التبعة – مصر الكلية المختلطة ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٢٩٥ ص ٢٣٣ – ١٧ يونيه سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٩٥ .

(٤) استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٨ ص ٢٤٧ – ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٩٠ ص ١٤٩ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ ص ١١٠٤ – ٢٣ يناير سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥١ رقم ٣٣ .

يتساهل كثيراً فى استخلاص الخطأ من الوقائع[1] . ولم يكن فى الواقع من الأمر مستطيعا – من حيث النصوص القانونية ومن حيث التطور الصناعى – أن يجد نصا ملائما لحالة البلاد يستند إليه .

فجاء التقنين المدنى الجديد بالنص المطلوب ، وراعى فيه حالة البلاد الاقتصادية وحاجات الصناعة الناشئة ، فلم يطلق المسئولية القائمة على خطأ مفترض لتشمل جميع الأشياء ، بل قصرها على الآلات الميكانيكية وعلى الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة . وهى مرحلة من مراحل التطور التى مر بها القضاء الفرنسى كما رأينا. فنصت المادة ١٧٨ مدنى على أن «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه . هذا مع الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة[2]» .

ونبحث هنا – كما بحثنا فى الحالات الأخرى – متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية . تطبيقا للأحكام التى استحدثها التقنين المدنى الجديد .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء

٤٧٤ – شرطاه تحقق المسئولية : تحقق المسئولية يستلزم توافر شرطين : (١) أن يتولى شخص حراسة شىء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية . (٢) أن يقع الضرر بفعل هذا الشىء .

---

(١) نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨ – استئناف مختلط ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٠ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ – ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١ – ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨ – ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٩٣ – ٢٩ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٩ (مطابق) – الليبى م ١٨١ (مطابق) – العراق م ٢٣١ (مقارب) – اللبنانى م ١٣١ – ١٣٢ (موافق) .

§ ١ – حراسة شيء تقتضي حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية

٤٧٥ – **تحليل هذا الشرط** : لاتتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة شيء . فنبين معنى الحراسة وماهو المقصود بالشيء .

٤٧٦ – **الحراسة** : حددنا الحراسة فيما تقدم . فهي ليست في يد مالك الشيء ضرورةً ، ولا في يد حائزه . ولا في يد المنتفع به . إنما الحراسة هي السيطرة الفعلية على الشيء ، سواء استندت هذه السيطرة إلى حق مشروع أو لم تستند .

والمفروض أن حارس الشيء هو المالك . وعليه أن يثبت أن الحراسة خرجت من يده وقت وقوع الحادث . ويبقى المالك حارسا حتى لو أفلت الشيء من يده مادام لم يتخل عنه . فإذا ما تخلى عنه وأصبح سائبة (res nullius) زالت حراسته . ولم تنتقل الحراسة إلى أحد . وإذا كان المالك قد ملك بعقد بيع فالبائع قبل التسليم هو الحارس . ويصبح الحارس هو المشترى بتسليم الشيء إليه . ولو كان عقد البيع باطلا أو موقوفا فيه نقل الملكية وتسلم المشترى الشيء فإنه يصبح حارسه ولو لم تنتقل إليه الملكية . لأن العبرة ليست بالملكية بل بالسيطرة الفعلية .

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره ، كالمنتفع والمرتهن رهن حيازة والحائز بنية التملك سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية[١] . مادامت السيطرة الفعلية على الشيء قد انتقلت من المالك إلى واحد من هؤلاء . أما المستأجر[٢] والمستعير والمودع عنده وأمين النقل فتنتقل إليهم الحراسة إذا انتقلت إليهم السيطرة الفعلية على الشيء ، ويغلب أن يقع ذلك في المنقول[٣] .

---

(١) فسارق الشيء يعتبر حارسا له ، أما مالك الشيء المسروق فيفقد الحراسة ولا يعتبر مسئولا بموجب الخطأ المفترض ، بل هو لا يكون مسئولا حتى لو ثبت في جانبه إهمال أدى إلى سرقة الشيء ، لانقطاع علاقة السببية بين هذا الإهمال والضرر .

(٢) استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥١ رقم ٣٣ .

(٣) على أنه إذا أعيرت سيارة بسائقها ، فإن المعير يستبقى الحراسة عادة في هذه الحالة . وقد قضت محكمة النقض بأن المعير لسيارة بسائقها يكون مسئولا عن إهمال السائق إذا نشأ من هذا –

والتابع لا يعتبر فى العادة حارسا للشىء . فحارس السيارة هو فى الأصل مالكها حتى لوكان لها سائق . وحتى لوقاد السائق السيارة من غير أن يكون فيها صاحبها . فإذا ثبت خطأ فى جانب السائق . أمكنت مساءلة صاحب السيارة ، إما باعتباره متبوعا ثبت خطأ تابعه . أو باعتباره حارساً مفروضا فى جانبه الخطأ . وإذا لم يثبت خطأ فى جانب السائق . لم تبق إلا مساءلة صاحب السيارة باعتباره حارسا . وقد ينقل المتبوع إلى التابع السيطرة الفعلية على السيارة ، فيصبح التابع فى هذه الحالة هو الحارس (١) .

= الإهمال حادث فى أثناء قيامه بمأموريته فى مدة الاستعارة (نقض ٨ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٤٦٤ ص ٩٣٢) . ويمكن اعتبار المعير . فى هذه القضية ، حارسا مسئولا بموجب الخطأ المفترض ، كما يمكن اعتباره متبوعا للسائق ويكون أيضاً مسئولا عنه .

(١) وفى جميع الأحوال إذا خرج التابع عن تعليمات متبوعه وقاد السيارة لمصلحته الشخصية أو استولى عليها دون علم صاحبها ، فإنه يعتبر فى هذه الحالة حارسا ويكون مسئولا بموجب خطأ مفترض ، ويكون صاحب السيارة مسئولا باعتباره متبوعا .

وإذا أودعت السيارة الجراج . فإن كان صاحب الجراج له السيطرة الفعلية عليها أصبح هو الحارس ، وإلا فتبقى الحراسة عند صاحب السيارة . وكذلك الأمر إذا ترك صاحب السيارة سيارته فى مكان وقوف السيارات تحت رقابة مشرف . ويغلب فى هذه الحالة أن تبقى السيارة فى حراسة صاحبها فيما يخرج عن عمل المشرف . وعمل المشرف هو أن يستبقى السيارة فى مكان معين فتصبح له الحراسة من هذه الناحية . وأما أجزاء السيارة وآلاتها فتبقى فى حراسة صاحبها . فإذا نقل شخص السيارة من مكان إلى آخر ولو من غير علم المشرف . فأحدث ضرراً . كان المشرف هو المسئول . وإذا كان بالسيارة خلل أحدث ضرراً . فإن المسئول هنا هو صاحب السيارة . وإذا سلمت السيارة إلى ميكانيكى لإصلاحها ، انتقلت فى الغالب حراستها إليه . لأنه يصبح صاحب السيطرة الفعلية عليها ، ولا يبقى صاحب السيارة حارسا فى هذه الحالة إلا إذا أبقى السيارة تحت إشرافه وقت إصلاحها . ومن يتعلم القيادة لا يكون حارسا للسيارة . والحارس هو المعلم . وإذا خالف المتعلم إرشادات معلمه وتوجيهاته . كان هذا خطأ ثابتا فى جانبه . أما الممتحن لمن تعلم القيادة فلا يكون حارسا . والمتعلم هو الذى يستبقى الحراسة .

ويجب أن يكون الحارس مميزاً ، لأن الحراسة تقوم على التوجيه والرقابة وهذان يقتضيان التمييز ، ولأن مسئولية الحارس مبنية على خطأ مفترض والخطأ يقتضى التمييز . فإذا كان مالك السيارة صبيا غير مميز أو مجنونا ، فلا يمكن أن يكون حارسا ، وتنتقل الحراسة إلى من يقوم مقامه من ولى أو وصى أو قيم . وإذا كان عديم التمييز هو الذى أحدث الضرر بفعله ، كان متولى الرقابة عليه هو المسئول وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الصدد . فإذا لم يكن أحد متوليا الرقابة عليه أمكنت مساءلة عديم التمييز نفسه المساءلة المخففة التى سبق تفصيل أحكامها (انظر آنفاً فقرة ٣٣٩ – عبد الحى حجازى ٢ ص ٥٦٢ – ص ٥٦٣) .

٤٧٧ — الشيء : كل شيء مادى غير حى فيما عدا البناء يدخل فى هذا النطاق ، مادامت حراسته تقتضى عناية خاصة . فتخرج الأشياء غير المادية والحيوان والبناء ، وقد سبق بيان المسئولية عن الحيوان وعن البناء . ويعتبر « شيئا » الآلات الميكانيكية إطلاقا . أما غير الآلات الميكانيكية فلا يعتبر شيئا إلا إذا اقتضت حراسته عناية خاصة على النحو الذى سنبسطه فيما بعد . ويستوى أن يكون الشيء منقولا ، أو عقارا بطبيعته كالأشجار والأرض إذا انخسفت والمبانى إذا نجم الضرر لا عن تهدمها ، أو عقارا بالتخصيص كالمصاعد والآلات الصناعية أو الزراعية .

§ ٢ – وقوع الضرر بفعل الشيء

٤٧٨ — فعل الشيء — التدخل الإيجابى : يجب أن يكون الضرر ناشئا عن فعل الشيء (fait de la chose) ، فلا يكفى تدخل الشيء تدخلا سلبيا : فإذا وقفت عربة فى المكان المعتاد للوقوف واصطدمت بها عربة أخرى أو أحد المارة ، أو كانت آلة ميكانيكية ثابتة فى مكانها الطبيعى لاتتحرك فاصطدم بها شخص فجرح ، أو كانت شجرة ثابتة فى مكانها لم تقتلعها الريح فعثر فيها أحد المارة وأصيب بضرر ، لم يمكن القول فى هذه الأحوال إن الضرر قد وقع من فعل الشيء ، لأن الشيء لم يتدخل تدخلا إيجابيا فى إحداث الضرر. أما إذا كانت العربة تسير أو كانت واقفة ولكن فى غير وضعها الطبيعى ، أو كانت الشجرة قد اقتلعتها الريح فقذفت بها فى عرض الطريق ، أوكانت الآلة الميكانيكية فى غير مكانها الطبيعى أو كانت تتحرك ، فإن الضرر يكون فى هذه الأحوال من فعل الشيء وقد تدخل تدخلا إيجابيا فى إحداثه . فالشيء يتدخل تدخلا إيجابيا فى إحداث الضرر ، إذا كان فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث هذا الضرر[1] .

والتدخل الإيجابى لايستلزم الاتصال المادى المباشر . فإذا سارت عربة

---

(١) والمفروض ، إذا أحدث الشيء ضرراً ، أنه قد تدخل تدخلا إيجابيا فى إحداثه . والمسئول هو الذى عليه أن يثبت أن الشيء لم يتدخل فى إحداث الضرر إلا تدخلا سلبياً ، فينتفى بذلك افتراض الخطأ ، ولا تتحقق المسئولية فى هذه الحالة إلا بإثبات خطأ فى جانب المسئول .

بسرعة تفوق السرعة المعتادة ففزع أحد المارة ووقع فأصيب بضرر دون أن تمسه العربة . وإذا وقفت عربة وقوفا فجائيا وكانت عربة أخرى تسير وراءها فاضطرت لتفادى الاصطدام أن تنحرف فاصطدمت بشجرة . وإذا سدت عربة منافذ الطريق على راكب موتوسيكل فاختل توازن الراكب وسقط إلى الأرض . فنى كل هذه الأحوال تدخل الشيء تدخلا إيجابيا فى إحداث الضرر دون أن يكون هناك اتصال مادى .

٤٧٩ — فعل الشيء وفعل الإنسان : ويجب التمييز بين فعل الشيء (fait de la chose) وفعل الإنسان (fait de l'homme) . إذ المسئولية عن فعل الشيء تقوم على خطأ مفترض فى حين أن المسئولية عن فعل الإنسان تقوم على خطأ واجب الإثبات .

وقد سار القضاء الفرنسى مراحل متعاقبة فى طريقه إلى هذا التمييز . فنى المرحلة الأولى كان الضرر يعتبر من فعل الشيء إذا نجم عن فعل ذاتى للشيء (fait autonome de la chose) . ويتحقق ذلك فى أحد فرضين : (١) إذا وقع الضرر من الشيء وهو غير محرك بيد الإنسان (٢) إذا وقع الضرر من الشيء وهو محرك بيد الإنسان . ولكنه انطوى على عيب ذاتى كان هو السبب فى وقوع الضرر . ولكن هذا المعيار لم يكن مرضيا . فهو يعتبر الضرر من فعل الإنسان ويقضى بوجوب إثبات الخطأ فى حالة من أشد الحالات حاجة إلى افتراض الخطأ . وهى حالة ما إذا أحدث سائق السيارة ضرراً وهو يقود السيارة ولم يكن بها عيب ذاتى . وإثبات الخطأ هنا متعذر فى الكثرة الغالبة من الحوادث — وفى مرحلة ثانية صدر حكم صريح من محكمة النقض الفرنسية يرفض المعيار المتقدم . مستبدلا به معياراً جديداً : أن يكون الشيء فى ذاته خطراً بحيث يحتاج إلى الحراسة[1] . وهذا المعيار قريب جداً من المعيار الذى أخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد — وفى مرحلة ثالثة صدر حكم محكمة النقض الفرنسية بالقضاء على معيار الشيء الخطر . رابطاً المسئولية القائمة على خطأ مفترض بفكرة الحراسة . لا بالشيء ذاته خطراً كان أو غير

---

(١) نقض فرنسى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٧ .

خطر[١] . وأخذ الفقهاء في هذه المرحلة يحللون فكرة الحراسة . وذهب الأستاذان مازو إلى التمييز بين الحراسة المادية (garde matérielle) والحراسة القانونية (garde juridique) . فالحراسة المادية هي السيطرة الفعلية على الشيء . أما الحراسة القانونية فتوجد حيث يوجد التزام قانوني بالمحافظة على الشيء ويمنعه من أن يكون مصدر ضرر للناس . ومن ثم يكون السارق قد استولى على الحراسة المادية دون الحراسة القانونية ، ويستبقي صاحب الشيء المسروق الحراسة القانونية فيكون هو دون السارق المسئول عن الشيء المسروق — وفي مرحلة رابعة وأخيرة أصدرت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة حكماً قالت فيه إن السارق يكون حارساً للشيء المسروق . ويكون مسئولا عما يحدثه من الضرر بناء على خطأ مفترض في جانبه[٢] . فعدل الأستاذان مازو عن رأيهما . واعتبرا مع جمهرة الفقهاء أن حراسة الشيء كحراسة الحيوان هي السيطرة الفعلية على الشيء والقدرة على التصرف في أمره ، مشروعة كانت هذه السيطرة أو غير مشروعة .

فالضرر لا يكون من فعل الشيء إلا إذا أفلت زمامه من سيطرة الحارس ، وإفلات زمام الشيء من سيطرة الحارس هذا هو ذات الخطأ .

٤٨٠ — **التقنين المدني المصري الجديد** : والتقنين المدني المصري الجديد ربط الخطأ المفترض بحراسة الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة . وفرض أن الآلات الميكانيكية تتطلب حراستها عناية خاصة دائماً . فالخطأ المفترض يقوم إذن على فكرة « العناية الخاصة » التي تتطلبها حراسة الشيء .

ولا يجوز اعتبار أن الضرر قد حدث بفعل الشيء فيقوم الخطأ المفترض إلا في حالتين : (الحالة الأولى) أن يكون هذا الشيء آلة ميكانيكية تدخلت تدخلا إيجابياً في إحداث الضرر . كالسيارات والآلات الصناعية والزراعية والقاطرات البخارية والكهربائية والسفن البخارية والأسلحة النارية والمصاعد . ويفرض القانون بنص صريح أن حراسة هذه الآلات تتطلب عناية خاصة ، لما ركب فيها من محرك ذاتي (dynamisme propre) . (والحالة الثانية) أن يكون

---

(١) نقض فرنسي ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ داللوز ١٩٣٠ — ١ — ٥٧ .

(٢) نقض فرنسي (دوائر مجتمعة) ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ داللوز ١٩٤٢ — ١ — ٢٥ .

هذا الشيء ليس آلة ميكانيكية ولكن حراسته تقتضى عناية خاصة . وترجع الحاجة إلى العناية الخاصة لأحد سببين : (١) طبيعة الشيء ذاته . كالأسلحة غير الميكانيكية والمواد الكيماوية والأدوية الطبية والزجاج والمصابيح والفؤوس والمناجل والمفرقعات . (٢) ظروف الشيء وملابساته . فعربة الركوب والشجرة والسلم والحبل والرمال والصخر كل هذه ليست أشياء خطرة بطبيعتها . ولكن قد تصبح خطرة فى ظروف معينة . فعربة الركوب بالنسبة إلى المشاة شيء خطر ، وهى ليست كذلك بالنسبة إلى السيارات . والشجرة ليست خطرة مادامت فى وضعها الطبيعى . فإذا اقتلعتها الريح ورمت بها فى عرض الطريق أصبحت شيئاً خطراً . والسلم يصبح خطراً . إذا دهن بمادة لزجة تجعل الانزلاق منه أمراً محتملا . والحبل قد يصبح خطراً . إذا جعل فى وضع بحيث ترتطم به الناس . وهذا هو الشأن فى الرمال إذا انهالت . وفى الصخر إذا انحدر . ومن ذلك نرى أن الشيء تقتضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أوكان خطراً بملابساته . وهو يصبح خطراً بملابساته إذا كان فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر . أى إذا تدخل تدخلا إيجابيا فى إحداث الضرر[(١)] .

المطلب الثانى

على أى أساس تقوم مسئولية حارس الأشياء

٤٨١ — مسألتان : متى تحققت مسئولية حارس الأشياء على النحو الذى قدمناه . قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس . فنبين ماهو هذا الخطأ . وإلى أى حد هو مفترض .

٤٨٢ — خطأ فى الحراسة : الخطأ المفترض فى جانب حارس الشيء ، كالخطأ المفترض فى جانب حارس الحيوان ، هو خطأ فى الحراسة **(faute dans la garde)** . فإذا ألحق الشيء ضررا بالغير . فذلك لأن زمام هذا الشيء قد أفلت من يد

(١) أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٥٥٧ د — عبد المنعم فرج الصدة ص ٥٨٣ — وقارن سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ٢١٥ — ص ٢١٧ .

حارسه . وإفلات زمام الشيء من يد الحارس هو عين الخطأ[1] . وما على المضرور إلا أن يثبت أن المدعى عليه هو حارس الشيء الذى أحدث الضرر ، وأن الضرر قد وقع بفعل شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو بفعل آلة ميكانيكية . والمفروض أن الحارس هو المالك إلى أن يثبت المالك أن حراسة الشيء قد خرجت من يده إلى يد شخص آخر وقت وقوع الضرر ، والمفروض أيضاً أن الشيء قد تدخل تدخلا إيجابيا فى إحداث الضرر إلى أن يقيم الحارس الدليل على أن التدخل لم يكن إلا سلبيا .

٤٨٣ — الافتراض لا يقبل إثبات العكس : الخطأ هنا مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس . كالخطأ المفترض فى جانب حارس الحيوان[2] . فلا يجوز للحارس أن ينفى الخطأ عن نفسه ، بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ وأنه بذل ما ينبغى من العناية حتى لا يحدث الشيء الضرر . ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن زمام الشيء قد أفلت من يده . وهذا الإفلات هو عين الخطأ كما قدمنا . وقد ثبت الإفلات بدليل وقوع الضرر . فلا حاجة إذن لإثباته بدليل آخر . ولا جدوى من نفيه بإثبات العكس . وهذا هو المعنى المقصود من أن الخطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس . فهو كخطأ

---

(١) وقد ذهب بعض الفقهاء (جوسران ٢ فقرة ٥٥٣ — حسين عامر فى المسئولية المدنية فقرة ٤٤٧) إلى أن الخطأ فى الحراسة بهذا التفسير هو خطأ أقرب إلى التصنع منه إلى الحقيقة ، فهو خطأ موهوم اخترعته الصناعة القانونية لتخفى تحته الواقع ، إذ المسئول قد أقحم عليه الخطأ إقحاما وفرض عليه فرضا لا يستطيع التخلص منه . والأولى أن يقال إن المسئولية قد فرضها القانون ، وأقامها على أساس من تحمل التبعة . ذلك أن المسئول هو الذى ألقى إلى المجتمع بشيء يصح أن يكون مصدراً للضرر وانتفع به . فإذا ما وقع الضرر فعلا وجب أن يتحمل تبعته .

والرد على نظرية تحمل التبعة هنا هو عين الرد على هذه النظرية فى المسئولية عن الحيوان ، فلا يمكن القول إن أساس المسئولية عن الشيء هو تحمل التبعة وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالشيء لا الحارس . ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبى . ولتحققت المسئولية ولو كان المدعى عليه عديم التمييز كما هى الحال فى مسئولية المتبوع عديم التمييز .

(٢) انظر فى أن مسئولية حارس الأشياء تقوم على قاعدة موضوعية لا على قرينة قانونية ، وأنها تتحقق حتى لو كان الحارس عديم التمييز : عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٠ — فقرة ٥٣١ .

المسئول عن الحيوان خطأ قد تم إثباته[١] . ولايتصور إذن أن يثبت عكسه[٢] .

ولايستطيع الحارس أن ينفي عنه المسئولية إلا بنفي علاقة السببية ما بين فعل الشيء والضرر الذي وقع ، وهو لا يستطيع نفي علاقة السببية هذه إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي : قوة قاهرة أوحادث فجائي أو خطأ المصاب[٣] أو خطأ الغير[٤] . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٨

---

(١) ويمكن القول إن كل خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس هو خطأ ثابت لا خطأ مفترض . ولكنه خطأ ثابت على نحو خاص ، فقد تدخل القانون لجعله خطأ ثابتا بأن جعل حدوث الضرر دليلا على إفلات الشيء من الحراسة . . على أن هذا الإفلات كان السبب في إحداث الضرر . فيؤدي ذلك إلى جعل التزام حارس الشيء التزاما بتحقيق غاية هي عدم إحداث الشيء ضرراً لأحد ، فإذا حدث ضرر لم تتحقق الغاية وكان هذا هو الخطأ . ولكننا لم نصل إلى هذه النتيجة إلا عن طريق دليل وضعه القانون هوأن حدوث الضرر قرينة غير قابلة لإثبات العكس على أن الشيء قد أفلت من الحراسة وعلى أن الإفلات من الحراسة هو الذي أحدث الضرر ، وهذه القرينة القانونية هي التي أدخلت عنصر الافتراض في الخطأ .

(٢) ويذهب الأستاذان مازو إلى أن الأصل هوأن كل حارس يلتزم قانونا بألا يجعل زمام الشيء يفلت من يده حتى لا يصاب أحد بضرر . وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية ، فإذا أفلت زمام الشيء من يد حارسه فقد وقع الخطأ ، ولا سبيل بعد ذلك إلى نفيه بإثبات العكس (مازو ٢ فقرة ١٣١٥ و١٣١٨ و١٣٢٠ و١٣٢٦ و١٣٢٧) .

والافتراض الخطأ هنا – كافتراض الخطأ في الحراسة على الحيوان – إنما يقوم في العلاقة ما بين الحارس والمضرور ، فلا يقوم إذا أحدث الشيء الضرر لذاته أو أحدث ضررا للحارس .

والخطأ المفترض لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية بين الحارس والمضرور ، فأمين النقل وهو مسئول بالعقد عن سلامة الراكب . والطبيب وهو ملتزم بالعقد أن يبذل العناية الواجبة في علاج المريض ، لا يكونان مسئولين مسئولية تقصيرية بموجب خطأ مفترض ، بل هما مسئولان مسئولية عقدية بموجب العقد . وإذا قام عقد بين التابع والمتبوع يرتب التزاما على المتبوع بضمان سلامة التابع ، وأصاب شيء في حراسة المتبوع التابع بالضرر . كانت مسئولية المتبوع مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية . فإن كان العقد لا يرتب التزاما بضمان سلامة التابع ، أو إذا لم يوجد عقد أصلا بين التابع والمتبوع ، كان المتبوع مسئولا مسئولية تقصيرية تقوم على خطأ مفترض .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد انتهى في منطق سليم إلى أن المتهم لم يرتكب خطأ ما ، وأن الخطأ من جانب المجني عليه وحده ، فإن ذلك يكفي بذاته للقضاء ببراءة المتهم ورفض الدعوى المدنية قبله وقبل المسئول عن الحقوق المدنية ، ذلك لأن مناط المسئولية المدنية قبل الأخير كما أتى به نص المادة ١٧٨ مدني هو ألا يكون الضرر راجعا إلى سبب أجنبي لا يد للحارس فيه (نقض جنائي ١٠ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٩ رقم ٧٣ ص ٢٦٧) . وانظر أيضاً : نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٢ ص ٢٤٠ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه بحسب محكمة الموضوع أن تكون قد أقامت حكمها برفض =

مدنى إذ تقول : « ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . ثم ينتهى النص بهذه العبارة : « هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » . ومن أهم هذه الأحكام الخاصة ما سبق أن ذكرناه من مسئولية رب العمل عن حوادث العمل . فهى مسئولية لا تقوم على خطأ مفترض . بل تقوم على أساس تحمل التبعة .

= دعوى التعويض المؤسسة على المسئولية التقصيرية على ما ثبت لها من أن الضرر الذى أصاب المضرور قد نشأ عن سبب أجنبى لم يكن للمدعى عليه يد فيه . وليس على المحكمة بعد ذلك أن تتحرى وقوع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥١ ص ٤٤١) . وقضت أيضاً بأن المسئولية المقررة فى المادة ١٧٨ مدنى تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء افتراضا لا يقبل إثبات العكس . ومن ثم فإن هذه المسئولية لا تدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما وأنه قام بما ينبغى من العناية والحيطة حتى لا يقع الضرر من الشيء الذى فى حراسته . إنما ترتفع هذه المسئولية فقط إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه . وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير (نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٦٥ ص ١١٥٦) .

الباب الثالث

الإثراء بلا سبب

(L'enrichissement sans cause)

تمهيد

التطور التاريخي لقاعدة الإثراء بلا سبب

٤٨٤ — القانون الروماني : عرف القانون الروماني طائفتين من الدعاوى تقومان على قاعدة الإثراء بلا سبب : دعاوى الاسترداد لما دفع دون سبب **(condictiones sine causa)** ودعاوى الإثراء بلا سبب **(actio de in rem verso)** . ولكن كلا من هاتين الطائفتين من الدعاوى لم تكن تباح إلا في حالات معينة حددت على سبيل الحصر[١] . ولم يصل القانون الروماني إلى وضع

---

(١) فدعاوى استرداد ما دفع دون سبب تشتمل على الدعاوى الآتية : (١) دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير دون حق ، وهو يظن أن هذا الغير دائن له (**Condictio indebiti**) . (٢) دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لسبب مشروع لم يتحقق **(condictio cause non secutur)** . (٣) دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لمنعه من القيام بعمل غير مشروع كمنعه من ارتكاب جريمة ، أو لجعله يتلافى ما قام به من عمل غير مشروع كدفعه إلى رد ما سرقه **(condictio turpem causam)** . فإذا كان السبب غير المشروع قائماً عند كل من المتعاقدين ، كالتعاقد لارتكاب جريمة أو لعمل من أعمال العيارة ، امتنع الاسترداد . (٤) دعوى يسترد بها المفتقر من المثرى ما افتقر به على خلاف أحكام القانون ، كالمدين يسترد من دائنه ما دفعه من فوائد غير قانونية أو من دين عقده تحت سلطان الإكراه (**condictio ob injustum causam**) . (٥) دعوى يسترد بها الشخص من الغير ما دفعه له في أحوال معينة ، إذا كان السبب غير موجود أو كان موجوداً ولم يتحقق أو انقطع بعد أن تحقق **(condictio sine causa)** . ولكن هذه الدعوى لم تكن مباحة إلا في أحوال محددة على سبيل الحصر ، فلم تشمل جميع الأحوال لتصبح قاعدة عامة — ويلاحظ في شأن دعاوى الاسترداد هذه أنها كانت نتيجة للشكلية والتجرد في القانون الروماني . فقد كان =

قاعدة عامة تشتمل على جميع الأحوال التى يجوز أن يتناولها الإثراء بلا سبب .

٤٨٥ — القانون الفرنسى القديم : لم يعترف هذا القانون بقاعدة الإثراء بلا سبب قاعدة عامة شاملة التطبيق وقصر المبدأ على حالات معينة انتقلت إليه من القانون الرومانى .

فدعاوى استرداد ما دفع دون سبب انتقلت إلى القانون الفرنسى القديم ، ولكن وقع فيها تطور هام منذ ظهرت نظرية السبب . فقد ترتب على اعتبار السبب ركنا فى العقد أن فقدت هذه الدعاوى الكثير من أهميتها ، إذ أصبح العقد الذى لا سبب له أو الذى يكون سببه غير مشروع عقداً باطلا ، فلم تعد هناك حاجة لدعاوى الاسترداد إلا فى الحالات القليلة التى ينفذ فيها العقد رغم بطلانه أو فى الحالات التى يفسخ فيها العقد بعد تنفيذه .

وانتقلت أيضاً دعاوى الإثراء بلا سبب . ولكنها ما لبثت أن اختلطت بدعوى الفضالة . وعالج پوتييه الأولى على اعتبار أنها فرع من الثانية . فذكر أنه إذا تولى شخص شؤون غيره معتقداً أنه يدير شؤون نفسه ، أو فعل ذلك رغم إرادة رب العمل . اختل ركن من أركان الكفالة فلاتسرى أحكامها كاملة . وتسرى أحكام فضالة ناقصة يقتصر فيها الفضولى على استرداد ما أنفق فى حدود ما أثرى به رب العمل يوم رفع الدعوى[1] .

= العقد يعتبر صحيحا دون اعتبار لسببه . حتى لوكان هذا السبب غير موجود أوغير مشروع ، مادام قد استوفى الشكل المطلوب . وكانت الملكية تنتقل طبقا الأوضاع المرسومة ، حتى لو كان سبب نقلها غير موجود أوغير مشروع . ومن ثم وجدت دعاوى الاسترداد هذه فيما لونفذ العقد وكان سببه غير موجود أوغير مشروع فيسترد المدين ما دفع ، وفيما لو انتقلت الملكية لسبب غير موجود أوغير مشروع فيسترد المالك ملكه .

ودعاوى الإثراء بلا سبب بدأت هى الأخرى فى دائرة محدودة ، ثم اتسعت فشملت إثراء أجنبى من وراء التعاقد ما بين شخصين . كشريك تعاقد مع آخر فعاد التعاقد بنفع على الشركة . ويلاحظ أنه فى دعاوى استرداد ما دفع دون سبب يجب أن يكون الإثراء قد انتقل مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى دون وساطة شخص ثالث ، فإذا تحقق الإثراء عن طريق هذه الوساطة وأثرى شخص من وراء عقد لم يكن طرفا فيه . فإن الإثراء هنا يكون محلا لدعاوى الإثراء بلا سبب . ولكن ظلت الحالات التى تباح فيها دعاوى الإثراء بلا سبب هى أيضاً محددة ، ولم توضع لها قاعدة عامة .

(١) پوتييه فى باب الوكالة فقرة ١٨٢ وفقرة ١٨٩ .

٤٨٦ — القانون الفرنسي الحديث : ولم يحتو التقنين المدنى الفرنسي نصا يشتمل على قاعدة عامة للإثراء بلا سبب . بل اقتصر هذا التقنين على حالات متفرقة تناثرت هنا وهناك . أبرزها الفضالة ودفع غير المستحق والمصروفات الضرورية والنافعة والبناء والغراس فى أرض الغير . فاقتصر الفقه والقضاء فى فرنسا . فى مرحلة أولى . على تطبيق هذه النصوص المتفرقة دون أن تردها إلى قاعدة عامة . ثم دخل القانون الفرنسي فى مرحلة ثانية اعترف فيها القضاء بقاعدة الإثراء بلا سبب ، ولكن على أنها فرع من الفضالةالواردة فى النصوص التشريعية . واعتبر أن الإثراء بلا سبب فضالة اختل ركن فيها كما كان يقول پوتييه . وفى مرحلة ثالثة — قادها الفقيهان أوبرى ورو — اعتبرت قاعدة الإثراء بلا سبب قاعدة تقوم بذاتها مبدأ مستقلا عن الفضالة كمصدر للالتزام مبنى على قواعد العدالة . وما ورد من نصوص تشريعية فى التقنين المدنى الفرنسي ليس إلا تطبيقات متنوعة لهذا المبدأ لم تذكر على سبيل الحصر . وما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن اعتنقت فى سنة ١٨٩٢ هذا المذهب وقضت به . ولكن يلاحظ فى هذه المرحلة الثالثة أن قاعدة الإثراء بلا سبب . إذا كانت قد استقرت قاعدة مستقلة عن الفضالة . قد غلت بقيدين . أولهما أن دعوى الإثراء إنما هى دعوى احتياطية (subsidiaire) . لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا أعوزت السبل القانونية الأخرى . والقيد الثانى أن الإثراء يشترط فيه أن يكون قائما وقت رفع الدعوى . ولا يزال القانون الفرنسي يعالج الدخول فى مرحلة رابعة يتخلص فيها من هذين القيدين . ويحرر القاعدة من جميع القيود التى تحد من شمولها .

٤٨٧ — القانون المصرى : لم يرد فى التقنين المدنى المصرى السابق نص يقرر القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب . ولكن ورد نص غامض حائر بين الإثراء بلا سبب والفضالة . هو نص المادة ١٤٤ / ٢٠٥ . يجرى على الوجه الآتى : « من فعل بالقصد شيئاً ترتب عليه منفعة لشخص آخر . فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة » . وورد إلى جانب هذا النص نصوص أخرى متفرقة فى دفع غير

المستحق . وفى المصروفات الضرورية والنافعة . وفى البناء والغراس فى أرض الغير . وفى غير ذلك من تطبيقات خاصة لقاعدة الإثراء بلا سبب . ويبدو أن المشرع المصرى تأثر بما كان العمل يجرى فى القانون الفرنسى فى مرحلته الثانية . إذ كان يخلط كما قدمنا بين الفضالة والإثراء بلا سبب . والنص المصرى يحمل أثر هذا الخلط واضحا . فهو فى صدره يتحدث عن أركان الفضالة . وفى عجزه يقرر أحكام الإثراء بلا سبب . فيخلط بين الاثنين خلطا كان سببا فى اضطراب الفقه والقضاء فى مصر مدة غير قصيرة .

ويجتاز القضاء المصرى مرحلة أولى لا يميز فيها بين الفضالة والإثراء بلا سبب[1] . ثم يدخل مرحلة ثانية يميز فيها بين القاعدتين[2] . ولكنه فى هذه المرحلة الثانية يبقى حائراً أمام النص المضطرب – م١٤٤/٢٠٥ – ويفسره على أنه يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب . ويكل أحكام الفضالة إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعي[3] . وفى مرحلة ثالثة لا يقتصر القضاء على التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب . بل يرد كل قاعدة إلى سندها القانونى الصحيح . فيقصر نص المادة ١٤٤/٢٠٥ على الفضالة ويستمد مبدأ الإثراء بلا سبب من قواعد العدالة والقانون الطبيعي . فيصحح بذلك وضعا بدأ مقلوبا[4] .

ولكن بقى القضاء ومعه الفقه فى مصر طوال هذه المرحلة الثالثة يقول مع القضاء والفقه فى فرنسا إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية . وإن الإثراء يجب أن يكون قائما وقت رفع الدعوى[5] . وكان لابد أن يصدر التقنين المدنى

---

(١) استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ بوريلى م ٥ ٢٠٥ رقم ١ – ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية المختلطة ١٣ ص ٢٢٤ – ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٨٥ – محكمة الاستئناف الوطنية ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ ص ١٠٩ – ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ ص ٢٨١ .

(٢) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥٣ – ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠١ – ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٩ – ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٧ – ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ٥٣ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

(٤) الإسكندرية الكلية المختلطة ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٩٠ .

(٥) محكمة استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠ – =

الجديد حتى يدخل القانون المصرى فى مرحلته الرابعة التى حرر فيها قاعدة الإثراء بلا سبب من هذين التقليدين الأخيرين المتخلفين عن أعقاب الماضى . وهذه المرحلة الرابعة التى وصل إليها التقنين المدنى الجديد لايزال القانون الفرنسى على ما رأينا متخلفا عنها . وقد بدأ التقنين المدنى المصرى الجديد بنصوص تقرر القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب . ثم تناول صورتين خاصتين لهذا المبدأ هما دفع غير المستحق والفضالة .

ونستعرض فى فصلين متعاقبين : (١) القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب . (٢) أبرز تطبيقين لهذه القاعدة : دفع غير المستحق والفضالة .

الفصل الأول

القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب(*)

٤٨٨ – التأصيل القانونى لقاعدة الإثراء بلا سبب : كانت المحاولة الأولى لتأصيل قاعدة الإثراء بلا سبب هى ربطها بنظرية الفضالة . لا على أن الثانية فرع عن الأولى كما هو الواقع . بل على أن الأولى هى التى تشتق من الثانية . فهى فضالة ناقصة . اختل بعض أركانها . ذلك أن الفضولى

= استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ – ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٧ – أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ – ١٤ يونيه سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ ص ٣٩٣ .

(*) مراجع : ستويسكو (**Stoïesco**) باريس سنة ١٩٠٤ – بوشيه ليكلير (**Bouché-Leclerc**) باريس سنة ١٩١٢ – سافاتييه (**Savatier**) بواتييه سنة ١٩١٦ – لويس لوكاس (**Louis-Lwcas**) ديجون سنة ١٩١٨ – مورى (**Maury**) تولوز سنة ١٩٢٠ – چيرونا (**Oerona**) باريس سنة ١٩٢٥ (فى القانون الألمانى) – ألموزنينو (**Almosnino**) باريس سنة ١٩٣١ – موزوئى (**Mosoiu**) باريس سنة ١٩٣٢ – بيجيه (**Eeguet**) الجزائر سنة ١٩٤٥ – مارافان (**Maravent**) رسالة منشورة فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٤٩ فى عددى يناير وفبراير – فرانسوا جوريه (**Fr. Goré**) باريس سنة ١٩٤٩ – ريبير وتيسير (**Ripert et Tesseire**) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٤ – رينار (**Renard**) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٠ – رواست (**Rouast**) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢ – پيكارا (**Picard**) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢ .

يجب أن يقصد تدبير شؤون رب العمل دون أن يفرض عليه ذلك . فإذا انعدم هذا القصد أو تولى الفضولى شؤون رب العمل رغم إرادة هذا الأخير اختل ركن من أركان الفضالة . وترتب على اختلال هذا الركن تعديل بعض الأحكام : فالمفتقر فى هذه الحالة لا يسترد كالفضولى كل المصروفات الضرورية والنافعة . بل يسترد أقل قيمتى إثراء الغير وافتقاره هو . ولكن القول بأن الإثراء على حساب الغير فضالة ناقصة من شأنه أن يشوه كلا من النظريتين . فمبدأ الإثراء نزعته موضوعية لا ذاتية ، لا عبرة فيه بالنية . ويكفى أن يثرى شخص فيفتقر آخر ولا يكون هناك سبب للإثراء حتى يرجع المفتقر على المثرى . أما الفضالة فنزعتها ذاتية . إذ أن أساسها هو قصد الفضولى أن يدير شؤون رب العمل حيث تدعو الضرورة إلى ذلك . فالنظريتان مختلفتان إذن فى هذا الأمر الجوهرى . وإذا أريد أن تكون إحداهما تطبيقاً للأخرى فنظرية الفضالة ، فى الأصل الذى يبنى عليه رجوع الفضولى لا فى مدى هذا الرجوع ، هى التطبيق لنظرية الإثراء بلا سبب .

ثم حاول الفقه أن يسند قاعدة الإثراء إلى قاعدة العمل غير المشروع ، فالقاعدة فى العمل غير المشروع هى أن كل من أضر بالغير بخطأه يلتزم بالتعويض . وكذلك الأمر فى الإثراء فكل من أثرى على حساب الغير دون سبب يلتزم بالتعويض . وتؤدى هذه المقابلة بين قاعدة الإثراء وقاعدة العمل غير المشروع إلى القول — كما قال بلانيول فعلا — بأن الإثراء عمل غير مشروع . إذ أن من أثرى على حساب غيره يرتكب عملا غير مشروع إذا هو استبقى هذا الإثراء . وعيب هذا الرأى واضح . فإن مصدر التزام المثرى ليس هو استبقاء الإثراء ، بل هو واقعة الإثراء ذاتها . وهذه الواقعة لا يشترط فيها أن تقترن بخطأ من المثرى ، ولا هى فى ذاتها تعد خطأ من المثرى . حتى يمكن وصفها بأنها عمل غير مشروع . وغير المشروع إنما هو النتيجة التى أدت إليها الواقعة . لا الواقعة ذاتها .

وفى محاولة فقهية ثالثة قيل إن نظرية الإثراء بلا سبب ما هى إلا الوجه الآخر لنظرية تحمل التبعة . فنظرية تحمل التبعة تقرر أن من كان نشاطه مصدراً لغرم تحمل تبعته ، ونظرية الإثراء تقرر أن من كان نشاطه مصدراً

لغنم جنى فائدته . فالمفتقر قد كان نشاطه — عملا كان أو مالا — مصدراً لنقل قيمة مادية إلى مال المثرى . فوجب أن يسترد هذه القيمة لأنها نتيجة نشاطه ، والغنم المستحدث (profit créé) . ليس إلا الوجه الآخر للغرم المستحدث (risque créé) . ولو صح هذا الرأى لترتب عليه أن كل شخص يثرى من وراء نشاط الغير يرجع عليه الغير بكل ما أثرى وليس بأدنى القيمتين فحسب . ولأصبح شرط الافتقار غير ضرورى . وسنرى أن الافتقار والرجوع بأدنى القيمتين هما من الأحكام الأساسية فى قاعدة الإثراء بلا سبب .

والواقع من الأمر أن قاعدة الإثراء بلا سبب هى قاعدة أصلية لاتتفرع عن غيرها ، فهى مصدر مستقل من مصادر الالتزام . وليست ملحقة بالفضالة بل الفضالة هى التى تلحق بها . ولا بالعمل غير المشروع . ولا بتحمل التبعة . وهى تتصل اتصالا مباشراً بقواعد العدالة . المصدر الأول لكل القواعد القانونية . أليس العدل يقضى بأن من أثرى على حساب غيره دون حق يجب أن يعوض من افتقر ؟ فلماذا نذهب فى البحث عن سند للقاعدة إلى ماوراء هذا ، والقانون الرومانى ذاته وهو الذى أخذنا عنه القاعدة يجعل أساسها العدالة !

والواقعة التى ترتب الالتزام فى قاعدة الإثراء على حساب الغير هى واقعة الإثراء ذاتها ، وهى واقعة قانونية (fait juridique) لا تصرف قانونى (acte juridique) ، ومن ثم اختلف الإثراء عن العقد الذى هو تصرف قانونى . وهى واقعة مشروعة لأن الإثراء لايستلزم أن يقترن به خطأ من المثرى كما قدمنا فقد يثرى وهو حسن النية بل قد يثرى دون علمه ، ومن ثم اختلف الإثراء عن العمل غير المشروع . والإثراء واقعة تقوم على انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى دون أن يكون لهذا الانتقال سبب قانونى يرتكز عليه كمصدر له ، وفى هذا أيضاً نرى أن الإثراء واقعة تختلف عن واقعة العقد وعن واقعة العمل غير المشروع . فالإثراء بلا سبب يختلف إذن عن العقد وعن العمل غير المشروع من حيث طبيعته . ومن حيث ما اشتمل عليه . ومن ثم فهو مصدر للالتزام مستقل قائم بذاته . لايستند إلى مصدر آخر ولايتفرع عنه ، وإنما يقوم رأساً على قواعد العدالة والمنطق القانونى ، كما يقوم العقد وكما يقوم العمل غير المشروع .

والتأصيل على هذا الوجه يحدد أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ، ويقرر أحكامها . أما الأركان فهى أن يكون هناك إثراء فى جانب ، يترتب عليه افتقار فى جانب آخر ، دون أن يقوم سبب قانونى لهذا الأثراء . وأما الأحكام فتتلخص فى أن المثرى يرد للمفتقر ما أثرى به الأول فى حدود ما افتقر به الثانى . وقد نصت المادة ١٧٩ مدنى على كل ذلك ، فقالت : « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة . ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد »(١) .

ونعرض الآن لتفصيل أركان القاعدة ، ثم لتفصيل أحكامها .

الفرع الأول

أركان الإثراء بلا سبب

٤٨٩ – أركان ثلاثة : قدمنا أن أركان الإثراء بلا سبب ثلاثة : (١) إثراء المدين (٢) وافتقار الدائن المترتب على هذا الإثراء (٣) وانعدام السبب القانونى لهذا الإثراء . هذه هى أركان القاعدة إذا توافرت قامت دعوى الإثراء . وليس من الضرورى بعد ذلك كما قدمنا أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية أو أن يكون الإثراء باقيا وقت رفع الدعوى .

المبحث الأول

إثراء المدين

(Enrichissement du débiteur)

٤٩٠ – وجوب تحقق الإثراء : أول ركن لقاعدة الإثراء بلا سبب هو أن يتحقق إثراء المدين ، ذلك أن مصدر الالتزام الذى يترتب فى ذمته

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٠ (مطابق) – الليبى م ١٨٢ (مطابق) – العراقى م ٢٤٠ – ٢٤٣ (موافق) – اللبنانى م ٢٤٠ – ٢٤٢ (مقارب) .

إنما هو هذا الإثراء بالذات . فلابد من تحققه حتى يقوم الالتزام . أما إذا لم يتحقق الإثراء فلا التزام . كما لو وفى شخص دينا عن شخص آخر وتبين أن هذا الدين قد سبق الوفاء به ، فهنا لم يتحقق الإثراء في جانب الشخص الآخر ولا رجوع للشخص الأول عليه(١) . وإنما يرجع هذا بما دفع على من دفع له إذا توافرت شروط دفع غير المستحق على ما سنرى .

والأصل في الإثراء أن يكون إيجابيا ولكن يجوز أن يكون سلبيا . وأن يكون مباشراً ولكن يجوز أن يكون غير مباشر . وأن يكون ماديا ولكن يجوز أن يكون معنويا .

٤٩١ — الإثراء الإيجابي والإثراء السلبي : يتحقق الإثراء الإيجابي عادة بأن تضاف قيمة مالية إلى ذمة المدين . ويتم هذا بأن يكسب المدين حقا — عينيا كان أو شخصيا — أو أن يزيد فيما يملك من ذلك . فإذا استهلك شخص قدراً من المياه أو النور عن طريق مواسير أو أسلاك خفية ، كان ما استهلكه قيمة مالية أثرى بها(٢) . وإذا قام المستأجر الذي انفسخ عقد إيجاره قبل انقضاء مدته بتحسينات في العين المؤجرة ، كان في هذا إثراء للمؤجر . وقد يتحقق الإثراء الإيجابي لا عن طريق إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين ، بل عن طريق منفعة يجنيها أو عمل يستثمره . مثل المنفعة منزل انتفع به شخص دون عقد إيجار(٣) . ومثل العمل تصميم قام به مهندس(٤) أو لحن ألفه موسيقي وانتفع الغير بهذا أو بذلك دون عقد .

وقد يكون الإثراء سلبيا ، كما إذا وفى شخص بدين على آخر فيثرى

---

(١) وقضت محكمة النقض بأن بناء المسجد من ريع أعيان الوقف الذي خلفه المورث نفاذاً لوصيته لا يعتبر إثراء بالنسبة إلى وزارة الأوقاف ، إذ لا يمكن اعتبار المسجد ثروة عادت إلى الوزارة إذ هو بناء خارج عن دائرة التعامل (نقض مدني ١٦ نوفبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨ ص ٤٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٠ .

(٣) نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٠ ص ١٥٧ .

(٤) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ .

هذا إثراء سلبيا عن طريق النقص فيما عليه من ديون[١] . ومثل ذلك أيضاً المستأجر يقوم بالترميمات الجسيمة وهى واجبة على المؤجر . والتاجر يعطى للزوجة ما تحتاج إليه من مؤونة ونفقتها واجبة على الزوج . والمشترى لعقار مرهون يدفع دين الراهن . ومن صور الإثراء السلبى كذلك أن يجنب الشخص خسارة كان وقوعها محتما فيثرى إثراء سلبيا بمقدار ما تجنب من خسارة . مثل ذلك الجار يتلف متاعا له حتى يطفئ حريقا شبت فى منزل جاره . وربان السفينة يلقى ببعض ما تحملها حتى ينقذها من الغرق[٢] .

٤٩٢ – الإثراء المباشر والإثراء غير المباشر : يكون الإثراء مباشراً إذا انتقل مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى . إما بفعل المفتقر أو بفعل المثرى . مثل الانتقال بفعل المفتقر من يدفع دين غيره . ومثل الانتقال بفعل المثرى من يستولى على مال لغيره دون حق ومن يستهلك المياه والنور من مواسير وأسلاك خفية . وقد يكون الانتقال بقوة قاهرة . كما يحدث فى طرح البحر ، فيكون الإثراء مباشراً .

ويكون الإثراء غير مباشر إذا تدخل أجنبى فى نقله من مال المفتقر إلى مال المثرى . وقد يقع تدخل الأجنبى عن طريق عمل مادى . كربان السفينة

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشترى قد دفع إلى أخى البائع مبلغاً من أصل ثمن المبيع ، فقام هذا بدفعه إلى صاحب حق امتياز على المبيع وتولى شطب حق الامتياز ، فاعتبرت المحكمة ذلك عملا من فضولى استفاد منه المشترى والبائع فى حدود ما كان مثقلا به العقار المبيع وفى تسوية علاقتهما المالية الناشئة من عقد البيع باحتساب هذا المبلغ ضمن المبالغ المسددة من المشترى إلى البائع ، فليس فى هذا ما يخالف المادة ١٤٤ من القانون المدنى القديم . إذ لا جدال فى أن البائع قد استفاد من شطب حق الامتياز فيكون ملزما بقيمته المسددة حتى لا يثرى على حساب المشترى بغير سبب (نقض مدنى ٤ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٨ ص ٤٦٥) .

(٢) ومثل ذلك أيضاً – من قضاء محكمة النقض – أن يتقدم ناظر وقف يطلب شراء أطيان بمال البدل المتجمد ، فيتقدم شخص محتسبا يعارض فى إتمام الصفقة ، ويثبت أن الأطيان المراد شراؤها ليست ملكا للبائع بل هى موقوفة ولا يصح التصرف فيها . فيثمر جهده فائدة كبرى لجهة الوقف ، إذ يقيه ضياع آلاف الجنيهات كانت على وشك الضياع لو تم الاستبدال الذى عمل على منعه . فالشخص المحتسب هنا قد افتقر بقدر ما تكلفه من مصروفات وأتعاب محاماة للوصول إلى النتيجة التى وصل إليها ، وجهة الوقف قد أثرت على حسابه بقدر ما جنبها من خسارة كانت على وشك تحملها ، فيرجع عليها بدعوى الإثراء بلا سبب (نقض مدنى ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٣ ص ١١٤٥) .

يلقى ببعض ما تحمل إلى البحر لينقذ الباقى . وكالمغتصب يبنى بمواد غيره فى الأرض المغتصبة . وقد يقع تدخل الأجنبى عن طريق تصرف قانونى . مثل ذلك مستأجر الأرض الزراعية يشترى سمادا للأرض من تاجر دون أن يدفع ثمنه . فإذا حجز المالك على زراعة المستأجر التى انتفعت بالسماد جاز للتاجر وهو المفتقر أن يرجع على المالك وهو المثرى بقدر ما عاد به السماد على الزراعة من نفع فى حدود الثمن . والأجنبى الذى تدخل هنا هو المستأجر ، وتدخله وقع عن طريق تصرف قانونى هو شراء السماد .

٤٩٣ — **الإثراء المادى والإثراء المعنوى** : الأصل فى الإثراء أن يكون ماديا . وفيما قدمناه من الأمثلة فى الإثراء الإيجابى والسلبى والمباشر وغير المباشر مايتبين منه أن الإثراء هو قيمة مالية أو منفعة مادية انتقلت إلى ذمة المثرى.

ولكن الإثراء قد يكون معنويا . كأن يكون إثراء عقليا أو أدبيا أو صحيا . فالمدرس وهو يعلم التلميذ يجعله يثرى إثراء عقليا . والمحامى وهو يحصل على حكم ببراءة المتهم يجعله يثرى إثراء أدبيا . والطبيب وهو يشفى المريض يجعله يثرى إثراء صحيا . وقد أصبح الآن مسلما جواز أن يكون الإثراء معنويا مادام من المستطاع أن يقدر بمال ، سواء فى ذاته أو من ناحية الافتقار الذى يقابله .

المبحث الثانى

افتقار الدائن

(Appauvrissement du créancier)

٤٩٤ — **الافتقار وترتب الإثراء عليه** : الركن الثانى لقاعدة الإثراء هو افتقار ترتب عليه إثراء المدين . فيجب إذن أن يتحقق افتقار فى جانب الدائن ، وأن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين افتقار الدائن وإثراء المدين .

٤٩٥ — **وجوب تحقق الافتقار** :فإذا تحقق الإثراء فى جانب شخص

ولم يقابله افتقار فى جانب الشخص الآخر . لم يكن هناك مجال لتطبيق قاعدة الإثراء . ذلك أن المثرى لايلتزم إلا بدفع أدنى القيمتين ، قيمة الإثراء وقيمة الافتقار . والمفروض أن الافتقار معدوم فلا يلتزم المثرى إذن بشىء[١] .

ويترتب على ذلك أنه إذا أنشأ شخص حديقة فى منزله يطل عليها منزل الجار ، وجمل هذه الحديقة حتى أصبحت سبباً فى رفع قيمة منزل الجار . فالجار فى هذه الحالة يكون قد أثرى . ولكن صاحب الحديقة لم يفتقر فإنه أنشأ الحديقة لمنفعته وقد جنى هذه المنفعة كاملة .

ويتحقق افتقار الدائن على النحو الذى يتحقق به إثراء المدين . فيكون إيجابيا أو سلبيا . مباشرا أو غير مباشر . ماديا أو معنويا .

فالافتقار الإيجابى يتحقق عادة بالإنفاق . فإذا دفع شخص دينا فى ذمة غيره كان الافتقار إيجابيا . ويكون الافتقار سلبيا إذا فات المفتقر منفعة كان من حقه أن يحصل عليها . فيفتقر بقدر ما فاته من هذه المنفعة . مثل ذلك أن يسكن شخص منزلا لآخر دون عقد إيجار . فيفتقر صاحب المنزل بما فاته من منفعة هى أجرة منزله .

وكل إثراء مباشر يقابله افتقار مباشر . كما أن كل إثراء غير مباشر يقابله افتقار غير مباشر . ذلك أن القيمة المالية إذا انتقلت مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى ، فإن كلا من الإثراء والافتقار يكون مباشراً فى هذه الحالة . وإذا انتقلت القيمة المالية بتدخل أجنبى تدخلا ماديا أو تدخلا قانونيا . فكل من الإثراء والافتقار يكون غير مباشر . وقد مرت بنا الأمثلة على كل ذلك .

وإذا كان الأصل فى الافتقار أن يكون ماديا كما مر فى الأمثلة المتقدمة . فإنه كالإثراء قد يكون معنويا . فالشخص الذى ينفع متجراً بصلاته التجارية الواسعة لم يفتقر افتقاراً ماديا بل معنويا[٢] . وهذا هو الشأن فى افتقار المهندس الذى يعمل فى مصنع فيعثر على اختراع يفيد منه المصنع[٣] .

---

(١) نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٤ ص ٦٧٢ .

(٢) استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ .

٤٩٦ — السببية المباشرة بين الافتقار والإثراء : ويجب أن يكون الافتقار هو السبب المباشر فى إثراء المدين . وتقوم السببية المباشرة ما بين الافتقار والإثراء إذا كانت واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل منهما ، كما رأينا فى الأمثلة التى قدمناها فى الصور المختلفة للإثراء والافتقار . فإذا دفع شخص دين غيره ، فإن افتقاره وإثراء المدين لهما سبب مباشر واحد هو دفع الدين .

وليس من الضرورى أن تكون واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل من الإثراء والافتقار ، بل يكفى حتى تقوم هذه السببية المباشرة التثبت من أن إثراء المدين لم يكن ليتحقق لولا افتقار الدائن . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون ، يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف القضية . غير أنه عند تعدد أسباب الإثراء ، يجوز أن نحلل السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار على النحو الذى حللنا به السببية بين الخطأ والضرر فى المسئولية التقصيرية . فيمكن هنا أيضاً إيثار السبب المنتج على تكافؤ الأسباب والوقوف عند السبب المنتج ، فإذا تبين أن الافتقار كان هو السبب المنتج للإثراء ، وجدت العلاقة المباشرة فيما بينهما(١) .

المبحث الثالث

انعدام السبب

(Absence de cause)

٤٩٧ — تجرد الإثراء عن سبب يبرره : يجب ، حتى تقوم دعوى

---

(١) فالمدينة إذا اتسعت رقعتها وعلت قيمة مبانيها ، فليس من الضرورى أن تكون هناك سببية مباشرة ما بين اتساع رقعة المدينة وعلو قيمة المبانى ، فعلو هذه القيمة يرجع إلى أسباب متعددة قد يكون اتساع رقعة المدينة من بينها ، ولكن هذا السبب لا يكون فى الراجح هو السبب المنتج ، إذ أن المبانى فى كثير من المدن الصغيرة عالية القيمة ، بل يحدث أن يكون صغر المدينة هو السبب فى علو قيمة المبانى . ولكن توسيع شارع قديم أو إنشاء شارع جديد يكون فى كثير من الأحوال السبب المنتج فى علو قيمة الأراضى الواقعة على جانبى الشارع ، ومن هنا تجعل قوانين خاصة للحكومة الحق فى تقاضى تعويض من ملاك الأراضى الواقعة على جانبى الشارع الجديد فى مقابل ما ظفروا به من علو فى قيمة أراضيهم ، فى نظير ماتكلفت الحكومة من نفقات فى إنشاء الشارع الجديد .

الإثراء ، أن يتجرد الإثراء عن سبب يبرره . إذ لوكان له سبب لما كان هناك محل للاسترداد . ولكن الفقهاء اختلفوا فى تحديد معنى « السبب » ، وكان هذا الاختلاف من أهم العوامل فى الغموض الذى أحاط بنظرية الإثراء حقبة طويلة . ونستعرض فى إيجاز بعضا من هذه الآراء الفقهية . ثم نبين المعنى الصحيح لسبب الإثراء .

٤٩٨ – آراء فقهية مختلفة فى تحديد معنى السبب : يرى بعض الفقهاء أن المعنى المقصود من السبب هو معنى أدبى . فالإثراء يكون له سبب إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى ما أفاد من الإثراء دون أن يرد منه شيئاً للمفتقر . ويترك للقاضى تقدير ما إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى إثراءه فلا يحكم بالرد . وإلا حكم به . وغنى عن البيان أن ترك قاعدة الإثراء إلى معنى غامض غير محدد . هو المعنى العام للعدالة . يجرد القاعدة من كل أسباب الثبات والاستقرار .

وتذهب طائفة أخرى من الفقهاء إلى أن للسبب معنى اقتصاديا قانونيا ، فالسبب هو العوض (compensation) عن الإثراء . وما دام للإثراء عوض فهو لا يسترد . غير أن هؤلاء الفقهاء يختلفون فيما بينهم عندما يحاولون تحديد معنى العوض . فمنهم من يقول إنه هو البديل (équivalent) من الناحية الاقتصادية . وهو الحق الأدبى (droit moral) من الناحية الخلقية . ومنهم من يرى أن العوض ينطوى على معنى أعم من معنى البديل . فهو المقابل (contre-partie) . ويختلف المقابل عن البديل فى أن للمقابل معنى قانونيا ، فأى مقابل يصلح قانونا لأن يكون عوضا للإثراء يمنع الاسترداد . ومن الفقهاء من يرى أن العوض هو النظير (contre-prestation) . الذى يرجح حق المثرى فى استبقاء الإثراء على حق المفتقر فى استرداده

وكل هذه المعانى ، كما نرى ، مبهمة ينقصها التحديد . ويحوطها الغموض.

٤٩٩ – المعنى الصحيح للسبب : والمعنى الصحيح للسبب فى نظرية الإثراء بلا سبب لا يمت لاعتبارات أدبية أو اقتصادية . فالسبب معناه المصدر القانونى الذى يكسب المثرى الإثراء ، فيجعل له الحق فى استبقائه . وقد يكون عقداً ، أو حكما من أحكام القانون .

فقد يكون السبب الذى كسب به المثرى الإثراء هو العقد . فيمتنع الرد . ويغلب أن يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرما ما بين المثرى والمفتقر[١] ، فالطبيب إذا تعاقد مع المريض منعه العقد من الرجوع بدعوى الإثراء ، والمقاول إذا تعاقد مع العميل بأجر إجمالى منعه العقد من المطالبة بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى التصميم تعديل أو إضافة (م ٦٥٨ مدنى) . وإذا اشترط المؤجر فى عقد الإيجار أن يتملك عند نهاية العقد التحسينات التى يدخلها المستأجر فى العين المؤجرة فلا رجوع للمستأجر على المؤجر بالإثراء ، لأن عقد الإيجار هنا سبب قانونى يمنع من هذا الرجوع[٢] — وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرما بين المثرى والغير دون أن يكون المفتقر طرفا فيه ، ويقوم العقد مع ذلك سببا قانونيا للإثراء يمنع المفتقر من الرجوع على المثرى . مثل ذلك مستأجر يستحدث تحسينات فى العين المؤجرة ويتركها للمؤجر عند نهاية الإيجار طبقا للعقد . فيكون عقد الإيجار هذا مانعا من الرجوع على المؤجر ، لا من المستأجر فحسب . وقد رأينا هذا فى المثل المتقدم ، بل أيضا من الدائن الذى عجل للمستأجر نفقات هذه التحسينات أو من المقاول الذى قام بها دون أن يقبض أجر عمله . مع أن الدائن والمقاول لم يكونا طرفا فى عقد الإيجار وهو السبب القانونى لإثراء المؤجر بقيمة هذه التحسينات على حساب الدائن والمقاول . والمثرى فى هذا المثل هو المؤجر ، والمفتقر هو الدائن أو المقاول . وسبب الإثراء هو عقد الإيجار الذى أبرم بين المثرى وهو المؤجر وشخص آخر غير المفتقر وهو المستأجر . ومثل ذلك أيضاً شخص يثرى على حساب آخر ويهب ما أثرى به إلى شخص ثالث ، فلا يستطيع المفتقر فى هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على الموهوب له ، لأن هذا قد أثرى بسبب قانونى وهو عقد الهبة ، وإن لم يكن المفتقر طرفا فى هذا

---

(١) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٩ ص ٥٤٦ .

(٢) نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٤ ص ٦٧٣ — استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٥٨ — وانظر فى أن سبب الإثراء قد يكون عقد البيع فلا يكون الإثراء بغير سبب ويمتنع الرد : نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٤ ص ١٥٧ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٨٤ ص ١١٥٩ .

العقد — وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرما بين المفتقر والغير دون أن يكون المثرى طرفا فيه . ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونيا للإثراء فيمنع الرد . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع أحد الشركاء فى شركة محاصة ، فلا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء على أحد من الشركاء الآخرين . لأن الشريك فى شركة المحاصة يتعاقد باسمه الشخصى . فيكون العقد الذى أبرم مع الشريك مانعا من رجوع المفتقر وهو المتعاقد الآخر على بقية الشركاء الذين أثروا من وراء هذا العقد . وذلك بالرغم من أن العقد أبرمه المفتقر مع غيرهم[(١)] .

وقد يكون سبب الإثراء ليس عقداً . بل حكماً من أحكام القانون يصلح أن يكون مصدراً لكسب الإثراء . فيكون قيام هذا السبب مانعا للمفتقر من الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء لأن المثرى يكون فى هذه الحالة قد أثرى بسبب قانونى . فإذا أهمل المقاول ولم يقيد حق امتيازه ضاع هذا الحق ودخل مع سائر دائنى التفليسة . ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على هؤلاء الدائنين لأن إثراءهم له سبب هو حكم القانون القاضى بوجوب القيد للمحافظة على حق الامتياز . وإذا سدد مصرف دائنا مرتهنا وأغفل أن يتخذ الإجراءات القانونية للحلول محله فسبقه رهن آخر كان متأخراً عن رهن الدائن المرتهن الذى استوفى حقه ، لم يجز للمصرف الرجوع على صاحب الرهن الآخر بدعوى الإثراء لأن تقدم هذا على المصرف له سبب هو حكم القانون[(٢)] .

المبحث الرابع

لاضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية أو أن يكون الإثراء باقيا وقت رفع الدعوى

٥٠٠ — موقف التقنين المدنى الجديد : ألف الفقه والقضاء فى فرنسا

(١) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٦٨ — ولكن قارن استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٧ .

(٢) نقض فرنسى ١١ يوليه سنة ١٨٨٩ داللوز ١٨٨٩ — ١ — ٣٩٣ .

وفى مصر أن يقررا أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية لايجوز الالتجاء إليها إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى . وأن الإثراء الذى يطالب المفتقر باسترداده يجب أن يكون قائما وقت رفع الدعوى . وقد بدأ الفقه فى فرنسا وفى مصر يكسر من أغلال القيد الأول . ولكنه هو والقضاء بقيا جامدين إزاء القيد الثانى . فظلا يقولان بأن من شروط دعوى الإثراء أن يكون الإثراء قائما وقت رفع الدعوى .

أما التقنين المدنى المصرى الجديد فقد تكفل بتكسير القيدين معا كما أسلفنا القول . فهو لم يشترط أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية . ثم هو قد نص صراحة فى المادة ١٧٩ مدنى على أن التزام المثرى يبقى قائما ولو زال الإثراء فيما بعد . فتم بذلك تحرير القاعدة من قيودها التقليدية . وأقيمت على أساس من المنطق السليم .

ونستعرض كلا من هذين القيدين . فنبرر موقف التقنين المدنى المصرى الجديد منهما .

المطلب الأول

لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية

٥٠١ — **الفقه والقضاء فى فرنسا** : منذ تحررت دعوى الإثراء وأصبحت دعوى مستقلة ، ساد شعور قوى بأن تطورا خطيراً قد وقع . وأن دعوى الإثراء بعد أن كانت ترسف فى أغلال التبعية لدعوى الفضالة أصبحت طليقة من كل قيد . وأنه يجدر البحث عن قيد تنضبط به فلا تطغى على جميع نواحى القانون . وسرعان ما عثر الأستاذ أوبرى ورو على هذا القيد . فقررا أنه يشترط فى دعوى الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك لدى المدعى « دعوى أخرى ناشئة من عقد أو شبه عقد أو جريمة أو شبه جريمة »[1] . وفهم ذلك على أن دعوى الإثراء هى دعوى احتياطية (action subsidiaire) لايلجأ إليها المدعى إلا إذا لم يكن لديه دعوى أخرى . وما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن اعتنقت

---

(١) أوبرى ورو طبعة رابعة ٦ ص ٢٤٦ — ص ٢٤٧ .

هذا المذهب فى حكمها المشهور الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤[١] . وانعقد إجماع الفقه والقضاء فى فرنسا بعد ذلك على هذا المبدأ .

ولكن الفقه فى فرنسا ما لبث أن تزعزع عن موقفه . وأخذ الفقهاء يعالجون المسألة على وجه أعمق . ثم خطا الأستاذ كاپيتان خطوة أبعد . فتشكك فى أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية . وتساءل لماذا لاتكون دعوى أصلية ؟[٢]

على أنه بالرغم من هذه الحركة الفقهية لا تزال دعوى الإثراء عند جمهور الفقهاء فى فرنسا وعند القضاء الفرنسى دعوى احتياطية . على المعنى الذى قال به أوبرى ورو فيما قدمناه . والسبب فى ذلك أن معنى « سبب الإثراء » لا يزال فى فرنسا محل خلاف . ولم ينضبط على الوجه الذى انضبط به فى مصر . وسنرى أن هناك ارتباطا شديداً بين سبب الإثراء والصفة الاحتياطية للدعوى وأنه متى انضبط معنى سبب الإثراء على الوجه الذى أسلفناه وفسر هذا السبب بأنه هو المصدر القانونى الذى يكسب المثرى الإثراء . لم تعد هناك فائدة محسوسة للقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية . ويغنى عن هذا القول تفسير السبب على الوجه المتقدم الذكر . وسنرى الآن أن الفقه والقضاء فى مصر تقدما فى هذا السبيل تقدما مشهودا . وأن التقنين المدنى المصرى الجديد خطا فيه الخطوة الحاسمة .

٥٠٢ – الفقه والقضاء فى مصر : سار الفقه والقضاء فى مصر بادئ الأمر فى الطريق الذى سار فيه الفقه والقضاء فى فرنسا . فقالا بالصفة الاحتياطية للدعوى[٣] .

ولكن جانبا من الفقه ما لبث أن شق لنفسه طريقاً آخر . وأخذ

---

(١) نقض فرنسى ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨ – ١ – ٤١ .

(٢) كاپيتان فى الأحكام الكبرى للقضاء المدنى طبعة ثالثة باريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٦ .

(٣) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ – ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ – أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ – إيتاى البارود ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ١١٩٠ – والتون ٢ ص ١٩٠ – ص ١٩١ – عبد السلام ذهنى ص ٧٠٥ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت الطبعة الأولى فقرة ٥٢٣ ص ٣٨٩ – الطبعة الثانية فقرة ٥٧٦ – فقرة ٥٧٨ . عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٤٦ .

يتساءل هل صحيح ما يقال من أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية ؟ وقد بين هؤلاء الفقهاء فى وضوح وقوة أن الصفة الاحتياطية المزعومة لدعوى الإثراء لا تلبث أن تختفى إذا فهم « السبب فى الإثراء » على الوجه الصحيح[1] .

هذا هو الفقه المصرى فى مرحلته الأخيرة قبل صدور التقنين المدنى الجديد . أما القضاء فى مصر فكان أقل وضوحا فى إنكار الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء . ولكن محكمة النقض لم تصرح فى حكم من أحكامها بأن للدعوى هذه الصفة[2] .

٥٠٣ — التقنين المدنى المصرى الجديد : وجاء التقنين المدنى المصرى الجديد صدى للفقه المصرى فى مرحلته الأخيرة . جاعلا من دعوى الإثراء دعوى أصلية إذ لم يسند إليها أية صفة احتياطية . فرفعها بذلك إلى مرتبة دعوى العقد ودعوى المسئولية التقصيرية . ويبقى أن نبرر هذا الموقف الحق الذى وقفه التقنين الجديد .

إن الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء لا يمكن أن تثار فى أية حالة لا يكون

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٩٠ – فقرة ٣٩١ – محمود أبو عافية فى التصرف المجرد (الترجمة العربية) فقرة ٥٢ ص ١٩٦ هامش ٧ – مارافان مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٤٩ ص ١٢٤ – ص ١٥٥ – محمد كامل مرسى فى الالتزامات ٢ فقرة ١٨٩ .

(٢) ويذهب الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت (فقرة ٥٣٣ ص ٣٨٩) إلى محكمة النقض أن قضاءها استقر على أن لدعوى الإثراء صفة احتياطية ، ويورد فى سبيل الاستشهاد على ذلك حكما صادرا من هذه المحكمة فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (مجموعة عمر ١ رقم ٨٤ ص ١٥٧) تقول فيه : « حيثما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بغير سبب على حساب الغير ، بل تكون أحكام العقد هى مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر » . (انظر أيضاً مارافان فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٤٩ وهو يستشهد على هذا الرأى بنفس الحكم فى ص ١٢٧ هامش ٢) . وغنى عن البيان أن الحكم غير صريح فى المعنى المنسوب لمحكمة النقض . وقد استشهدنا نحن بهذا الحكم ذاته فى صدد أن الإثراء قد يكون سببه عقداً فلا يكون إثراء بغير سبب ويمتنع الرد (انظر آنفاً فقرة ٤٩٩ فى الهامش) . ومن هنا نرى الارتباط القوى بين الصفة الاحتياطية والسبب فى الإثراء ، فإن حكما واحداً استشهد به على كل من الأمرين . على أن هذين الأمرين جد مختلفين . فالقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا تباشر إذا وجدت بجانبها دعوى أخرى غير القول بأنه إذا وجد للإثراء سبب فلا تقوم دعوى الإثراء ، وفرق بين أن يقال إن دعوى الإثراء قائمة ولكنها لا تباشر ، وأن يقال إن دعوى الإثراء لا تباشر لأنها غير قائمة .

فيها للمدعى دعوى أخرى إلى جانبها . والحالات التى من هذا القبيل كثيرة متنوعة وقد رأينا أمثلة منها متعددة فيما قدمناه .

أما إذا قامت دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء ، فهنا تثار الصفة الاحتياطية المزعومة . ويقال إن المدعى لا يجوز له أن يرجع بدعوى الإثراء ويتعين عليه أن يباشر الدعوى الأخرى . مثل ذلك المعير يدفع العارية للمستعير وله فى استردادها دعوى العارية فلا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء . ومثل ذلك أيضاً المغتصب لمال الغير يستطيع صاحب المال أن يرجع عليه بدعوى الغصب فلايجوز له الرجوع بدعوى الإثراء .

والصحيح أن المعير فى المثل الأول ، إذا كان لايجوز له الرجوع بدعوى الإثراء ، فليس ذلك لأنها دعوى احتياطية ، بل لأنها غير قائمة أصلا ، إذ المثرى هنا وهو المستعير قد أثرى بسبب قانونى هو عقد العارية . فسبب الإثراء يغنى فى الكثرة الغالبة من الأحوال ، كما أنه فى هذه الحالة ، عن الالتجاء إلى الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء . أما فى المثل الثانى فلا يوجد ما يمنع صاحب المال من الرجوع على المغتصب بدعوى الإثراء ، فهو بالخيار بين هذه الدعوى ودعوى الغصب . وإن كان فى الواقع يختار دعوى الغصب إذ هى تهيء له تعويضاً أوفر . فدعوى الإثراء إذن لاتكون دعوى احتياطية ، فهى إما أن تكون الدعوى الوحيدة التى تجوز مباشرتها فلامحل فى هذه الحالة لإثارة أية صفة احتياطية للدعوى ، أو أن تقوم إلى جانبها دعوى أخرى وعند ذلك يكون للمدعى الخيار بين الدعويين ولا تجبّ الدعوى الأخرى دعوى الإثراء .

ويتبين مما قدمناه أن دعوى الإثراء هى دعوى أصلية . فإذا قامت دعوى أخرى إلى جانبها كان للمدعى الخيار بين الدعويين . وإذا كان يختار فى الواقع الدعوى الأخرى ، فتبدو دعوى الإثراء فى الظاهر كأنها دعوى احتياطية ، فإن ذلك يرجع إلى أن هذه الدعوى الأخرى إما أن تكون قد جعلت للإثراء سببا فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء ، أو أن تكون هى الأجدى على المدعى فلا يرغب أن يباشر دعوى الإثراء . وإذا كان هناك شىء يستبقى من فكرة الصفة الاحتياطية ، فليس ذلك مايقال من أنه يجب على المدعى أن يستعرض الدعاوى واحدة بعد الأخرى فإذا استنفدها جميعا ولم يستقم له

أى منها التجأ إلى دعوى الإثراء . بل الذى يستبقى هو أنه يجب على المدعى أن يستعرض الأسباب القانونية للإثراء واحداً بعد الآخر فإذا استنفدها جميعا ولم يتم أى منها سببا لإثراء المدعى جاز له بعد ذلك أن يرجع بدعوى الإثراء .

المطلب الثانى

لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائما وقت رفع الدعوى

٥٠٤ — **الرأى المعارض** : الرأى السائد فى فرنسا هو الرأى المعارض . إذ يشترط هناك — كما كان يشترط فى مصر قبل صدور التقنين المدنى الجديد — أن يكون الإثراء قائما وقت رفع الدعوى . ويبنى على ذلك أنه لو قام الدائن بترميمات فى منزل للمدين بحيث تقوم دعوى الإثراء . ثم احترق المنزل قبل أن يرفع الدائن هذه الدعوى . لم يجز له بعد ذلك رفعها لأن الإثراء لم يعد قائما عند رفع الدعوى .

وهذا الحكم الغريب — وهو البقية الباقية من قيود دعوى الإثراء — يقيمه أنصاره على الأسانيد الآتية : (١) إن الغرض من دعوى الإثراء هو إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين ماليتين . إحداهما أثرت بسبب افتقار الأخرى . فالوقت الذى يعتبر فيه اختلال التوازن هو الوقت الذى تطلب فيه إعادته . أى وقت رفع الدعوى . (٢) اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذى يميز دعوى الإثراء عن دعوى الفضالة . ففى الفضالة لا يشترط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى لأن الفضولى وهو يولى جميلا لرب العمل أولى بالرعاية من المفتقر . (٣) إن الأثراء يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية ، وكلاهما يقدر وقت رفع الدعوى .

٥٠٥ — **الرأى الصحيح** : والرأى الصحيح فى نظرنا هو الرأى الذى أخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد ، إذ نص صراحة فى المادة ١٧٩ مدنى كما رأينا على أن التزام المثرى يبقى « قائما ولو زال الإثراء فيما بعد » . ومعنى ذلك أن العبرة بحصول الإثراء . فمتى حصل وجد الالتزام فى ذمة المثرى . وليس من الضرورى بعد ذلك أن يبقى الإثراء قائما إلى وقت رفع الدعوى .

وما دمنا نريد أن نحرر قاعدة الإثراء من القيود التي أثقلتها في الماضي . فالواجب أن نحتكم في هذه المسألة . لا إلى تقاليد القاعدة . بل إلى المنطق القانوني السليم . وقد قدمنا أن مصدر التزام المثرى هو واقعة الإثراء . ولما كان الالتزام يوجد بوجود مصدره . فالتزام المثرى بالتعويض يوجد بمجرد أن تتحقق واقعة الإثراء . ومتى تعين وقت قيام الالتزام تعين كذلك محل الالتزام ، إذ الالتزام لايقوم إلا بقيام محله . فيتعين إذن محل الالتزام — وقيمة الإثراء أحد عنصريه — وقت تحقق الإثراء . ويخلص من ذلك أن قيمة الإثراء إنما تقدر وقت تحقق الإثراء . لا وقت رفع الدعوى .

أما الحجج التي يستند إليها الرأى المعارض فمن الميسور نقضها : (١) فأما أن دعوى الإثراء يقصد بها إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين ماليتين ، فهذا صحيح . ولكن إلى أى وقت تكون إعادة التوازن ؟ إن قيل إن إعادة التوازن واجبة إلى يوم رفع الدعوى مادام الاختلال يكون قائما وقت ذلك ، فإن هذا المنطق يجر القائل به إلى مدى أبعد . ومادامت العبرة بقيام الاختلال فأولى بأنصار الرأى المعارض أن ينتقلوا من وقت رفع الدعوى إلى وقت النطق بالحكم . ففى هذا الوقت وحده يستطيع القاضى أن يحكم بإصلاح آخر أثر للاختلال في مكنته أن يصلحه[١] . ولكن مقتضيات الصياغة القانونية تأبى إلا استقرار التعامل . فمن بين الأوقات الثلاثة التي تتنازع هذه المسألة — وقت وقوع الاختلال في التوازن ووقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم — لا يوجد إلا وقت واحد هو المستقر الثابت ، لايدخل في تحديده التحكم ، ولايتعين تبعا للمصادفات . وهو فوق هذا كله الوقت الذى يقوم فيه الالتزام . وذلك هو وقت وقوع الاختلال في التوازن . أى وقت تحقق الإثراء . فإن زال الإثراء بعد ذلك . فتبعة زواله يتحملها المثرى إذ هو صاحبه . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة . (٢) وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذى يميز دعوى الإثراء عن دعوى الفضالة ، فهذه حجة بادية الوهن . فالتمييز بين الدعويين لايزال قائما حتى بعد اختفاء هذا المميز ، ولايزال

---

(١) وقد أبى ديموج ، وهو من أنصار الرأى المعارض ، إلا أن يسير في منطقه إلى نهاية الشوط ، فيقول بوجوب إصلاح الإخلال وقت النطق بالحكم (ديموج ٣ فقرة ١٧٠ ص٢٨١) .

هناك فارق جوهرى بين دعوى الفضالة التى تجعل للفضولى الحق فى استرداد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة ودعوى الإثراء التى لاتجعل للمفتقر إلا أقل قيمتى الإثراء والافتقار . بل إن هذا الفارق الجوهرى هو الذى يستجيب لمهمة كل من الدعويين . فإن الفضولى يولى جميلا فكان له أن يسترد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة . أما المفتقر فليست عنده هذه النية ولذلك لا يسترد إلا أقل القيمتين . (٣) وأما أن الإثراء يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية كلاهما يقدر وقت رفع الدعوى . فهذا غير صحيح . وإنما يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية الافتقار لا الإثراء . وسنرى أن الافتقار كالضرر يقدر إذا كان متغيراً يوم النطق بالحكم لا يوم رفع الدعوى .

ويتبين مما قدمناه أن الإثراء تقدر قيمته وقت تحققه . ومادام الإثراء منذ تحققه دخل فى ذمة المثرى وأصبح ملكا له . فالمثرى هو الذى يتحمل تبعته من هذا الوقت . إن زاد بعد ذلك فله الغنم ، وإن نقص أو زال فعليه الغرم .

الفرع الثانى

أحكام الإثراء بلا سبب

٥٠٦ — **الدعوى والجزاء** : إذا توافرت الأركان التى قدمناها فى قاعدة الإثراء بلا سبب ، ترتبت أحكام هذه القاعدة . ووجب على المثرى تعويض المفتقر .

فالتعويض إذن هو جزاء الإثراء بلا سبب . ودعوى الإثراء هى الطريق إلى هذا الجزاء . ونستعرض فى مبحثين متعاقبين — كما فعلنا فى المسئولية التقصيرية — الدعوى والجزاء .

المبحث الأول

الدعوى

٥٠٧ — **طرفا الدعوى** : المدعى هو المفتقر ، إذ هو الدائن وهو وحده الذى يحق له أن يطالب بالتعويض . ويقوم مقامه نائبه كالولى أو الوصى والقيم

والسنديك وناظر الوقف والوكيل . أو خلفه كالوارث والمحال له . ولايشترط في المفتقر أهلية ما . فناقص الأهلية وعديمها ، كالصبي والمجنون . قد يثرى على حسابه شخص فيصبح دائنا للمثرى بالتعويض . وقد يتعدد المفتقر ، كما لو أثرى شخص على حساب شركاء في الشيوع . فيصبح هؤلاء الشركاء دائنين للمثرى كل منهم بقدر نصيبه في التعويض . ولا تضامن بينهم .

والمدعى عليه هو المثرى . إذ هو المدين وهو وحده المسئول عن تعويض المفتقر . ويقوم مقامه النائب كالولى والوصى والقيم والسنديك وناظر الوقف والوكيل . والخلف كالمحال عليه . ولايشترط في المثرى أهلية ما . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١٧٩ مدنى كما رأينا إذ تقول : «كل شخص . ولو غير مميز ..» . ذلك أن المثرى لا يلتزم بإرادته . بل إن مصدر التزامه واقعة مادية هي واقعة الإثراء . غير أن المثرى إذا لم يكن كامل الأهلية لا يحاسب على ما انتفع به فعلا . فإذا فقد شيئاً مما جناه من ربح أو فائدة . لم يحسب ما فقده من ذلك في تقدير إثرائه . وقد يتعدد المثرى ، كما لو أثرى شركاء في الشيوع على حساب الغير ، فيصبح هؤلاء مدينين للمفتقر بالتعويض . ولا تضامن بينهم .

٥٠٨ — الطلبات والدفوع (تقادم دعوى الإثراء) : يطالب المدعى تعويضا عما لحق به من افتقار . في حدود ما نال المدعى عليه من إثراء . هذا هو الطلب الذى يتقدم به المدعى . وهو طلب يختلف عن الطلب الذى يتقدم به المدعى في دعوى استرداد غير المستحق وفي دعوى الفضالة . وإن كانت الدعويان الأخيرتان ليستا إلا صورتين خاصتين من الدعوى الأولى . إلا أن هذه الدعاوى الثلاث كل منها مستقل عن الآخر . ويترتب على ذلك أن المفتقر إذا رفع دعوى الفضالة أو دعوى استرداد غير المستحق وخسر دعواه . فلا شيء يمنع من أن يتقدم بدعوى الإثراء بلا سبب . ولا يحول دون ذلك قوة الأمر المقضى . لأن سبب الدعوى الأولى وهو الفضالة أو دفع غير المستحق يختلف عن سبب الدعوى الثانية وهو الإثراء بلا سبب . وكذلك يختلف المحل[1] .

---

(١) ويترتب على ذلك أيضاً أن الإثراء بلا سبب لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة —

ويدفع المثرى دعوى الإثراء إما بإنكار قيام الدعوى ذاتها لتخلف ركن من أركانها ، أو بأن الالتزام بالتعويض قد انقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام كالوفاء والمقاصة والإبراء والتقادم .

وقد أدخل التقنين المدنى الجديد تعديلا جوهريا فى مدة التقادم . فنصت المادة ١٨٠ مدنى على أن « تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق »[1] ويتبين من هذا النص أن دعوى الإثراء بلا سبب تتقادم بأقصر المدتين الآتيتين : (١) ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المفتقر بحقه فى التعويض . وهو لا يعلم بحقه فى التعويض إلا إذا علم ما أصابه من افتقار ترتب عليه إثراء الغير وعرف هذا الغير . (٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام ، إذ يقع أحيانا أن المفتقر لا يعلم بافتقاره وبمن أثرى على حسابه إلا بعد مدة من قيام الالتزام . فإذا كانت هذه المدة تزيد على اثنتى عشرة سنة ، فإن الدعوى تتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من يوم العلم بالحق فى التعويض .

٥٠٩ — الإثبات : يقع عبء الإثبات على المفتقر . فعليه أن يثبت أن هناك إثراء فى جانب المثرى ومقدار هذا الإثراء ، وافتقارا فى جانبه ترتب على هذا الإثراء ومقدار هذا الافتقار . وعليه أخيراً أن يثبت أن الإثراء ليس له سبب قانونى ، إذ يفرض فى الإثراء أن له سببا قانونيا ولا يكلف المثرى إثبات هذا السبب .

ولما كانت أركان الإثراء كلها وقائع مادية . فإنه يصح إثبات هذه الوقائع بجميع طرق الإثبات ، ومن بينها البينة والقرائن والمعاينة وتقرير الخبراء .

= النقض إذا استند المدعى أمام محكمة الموضوع إلى الفضالة . فإن الإثراء بلا سبب يعتبر أمراً مستقلا عن الفضالة فلا تشمله (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٠ ص ٢٩٧) . كما لا يجوز التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بالفضالة (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٦ ص ٢٩٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨١ (مطابق) – الليبى م ١٨٣ (مطابق) – العراقى م ٢٤٤ (موافق) – اللبنانى لا مقابل .

٥١٠ — **الحكم** : إذا ماصدر الحكم فى دعوى الإثراء ، جاز الطعن فيه بالطرق المقررة كالاستئناف والنقض . ولا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية . أما التكييف القانونى لما وقع ، وهل يعتبر إثراء ، وفى أى وقت يجب أن يقوم الإثراء ، أو يعتبر افتقاراً ، ووجوب قيام السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار ، وتحديد معنى السبب ومتى يكون العقد أو القانون سببا للإثراء ، كل هذا وأمثاله من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض .

والحكم فى دعوى الإثراء ، كالحكم فى دعوى المسئولية التقصيرية ، ليس هو مصدر حق المفتقر فى التعويض ، بل هو كاشف عن هذا الحق . وحق المفتقر فى التعويض إنما نشأ من واقعة مادية هى واقعة الإثراء المترتبة على واقعة الافتقار دون أن يكون لذلك سبب قانونى . ويترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) تحديد قيمة الإثراء تكون العبرة فيه بوقت قيام الالتزام لا بوقت رفع الدعوى ولا بوقت النطق بالحكم ، وقد تقدم بيان ذلك . أما قيمة الافتقار فهناك اعتبارات تجعلنا نظر فى تحديدها إلى وقت صدور الحكم وسنبين ذلك فيما يلى . (٢) لما كان حق المفتقر ينشأ من وقت وقوع الإثراء ، فإن للمفتقر أن يتقاضى إلى جانب حقه فى التعويض الأصلى تعويضاً عن التأخير ، إذا هو أعذر المدين . (٣) يجوز للمفتقر ، وقد ثبت حقه منذ وقوع الإثراء ، أن يتصرف فى هذا الحق دون انتظار الحكم ، بل قبل رفع الدعوى . فله أن يحوله إلى الغير ، والدائن المفتقر أن يوقع حجزاً على هذا الحق تحت يد المثرى ، كما أن للمفتقر أن يوقع حجزاً تحت يد مدين المثرى منذ ثبوت حقه . (٤) يسرى التقادم منذ وقوع الإثراء أو علم المفتقر به على حسب الأحوال ، ولا يتأخر السريان إلى وقت صدور الحكم ، بل إن صدور الحكم من شأنه أن يقيم تقادما من نوع جديد محل التقادم القديم على ما سنرى حالا .

وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق فى التعويض ، إلا أنه هو الذى يقوم هذا الحق ، ويغلب أن يقومه بمبلغ معين من النقود . ولا يقتصر الحكم على تقويم الحق ، بل هو يقويه أيضاً كما رأينا فى الحكم الصادر فى المسئولية التقصيرية . فهو يجعل الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا بخمس عشرة سنة

من وقت صدور الحكم (٢/٣٨٥ مدنى) . ومتى أصبح الحكم واجب التنفيذ فإنه يجيز للمفتقر أن ينفذ به على أموال المدين وأن يحصل على حق اختصاص بعقارات هذا المدين .

المبحث الثانى

الجزاء أو التعويض

٥١١ — التعويض هو أقل قيمتى الافتقار والإثراء : التعويض هو أقل قيمتى الافتقار والإثراء ، ولايمكن أن يكون إلا ذلك . فإن المثرى قد أثرى على حساب المفتقر . فالتعويض لايجوز من جهة أن يزيد على خسارة المفتقر حتى لو كان الإثراء يزيد على هذه الخسارة . لأن المفتقر لاحق له أن يتقاضى تعويضاً يزيد على خسارته ، وإلا كان هو بدوره مثريا دون سبب على حساب المثرى . ولايجوز من جهة أخرى أن يزيد التعويض على إثراء المثرى حتى لوكانت خسارة المفتقر تزيد على هذا الإثراء ، لأننا لانحاسب المثرى على خطأ ارتكبه فنلزمه بتعويض الخسارة كاملة . وإنما نحاسبه على ما وقع فى يده من كسب فلايجوز أن يرد أكثر مما كسبه . وإلا كان هو بدوره مفتقراً دون سبب لمصلحة المفتقر نفسه .

٥١٢ — كيف يقدر الإثراء : قد يكون الإثراء ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى ، وقد يكون منفعة أو خدمة أو عملا أو إثراء سلبيا .

فإذا كان الإثراء ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى . فقد يكون نقداً كما إذا استولى المثرى على مبلغ من النقود مملوك للمفتقر سواء كان فى هذا الاستيلاء حسن النية أو سيئها . وتكون قيمة الإثراء فى هذه الحالة هو مبلغ هذا النقد ، وينظر فيه إلى قدره العددى ارتفع سعر النقد أو انخفض . وإذا كان المثرى غير كامل الأهلية ، فلا يكون إثراء بالنسبة إليه ماأضاعه من هذا النقد فى غير منفعته — وقد يكون الإثراء تحسينات استحدثها المفتقر فى مال المثرى ، فتقدر قيمة هذه التحسينات بما زاد فى مال المثرى بسببها وقت الاستحداث ، لا بما أنفقه المفتقر فى استحداثها لأن هذه هى قيمة

الافتقار لاقيمة الإثراء . مثل ذلك أعمال الترميمات ، وتوريد المواد اللازمة لهذه الأعمال ، وبناء طبقات جديدة .

وإذا كان الإثراء منفعة حصل عليها المثرى ، كما لو سكن منزلا دون عقد إيجار ، قومت المنفعة بأجر المثل . وإذا كان الإثراء خدمة أو عملا قدمه المفتقر إلى المثرى ، كالمهندس يضع تصميما ينتفع به رب العمل ، قومت الفائدة التي عادت على المثرى بأجر المثل الذى يدفع للمهندس . وإذا كان الإثراء سلبيا ، كما لو دفع شخص دينا على آخر ، فالمدين يكون قد أثرى بمقدار الدين الذى دفعه عنه المفتقر .

٥١٣ — كيف يقدر الافتقار : ويقدر مدى الافتقار على النحو الذى يقدر به مدى الإثراء . فإذا كان الافتقار نقداً فإن مدى الافتقار هو عين مدى الإثراء . وإذا كان الافتقار تحسينات استحدثها المفتقر ، قدر مداه ، بما أنفقه المفتقر فى استحداثها ، ويعطى أقل القيمتين : ما أنفقه فى استحداث التحسينات وهذا هو مدى الافتقار ، ومازاد فى مال المثرى بسبب هذه التحسينات وهذا هو مدى الإثراء . وإذا كان الافتقار منفعة استهلكها المثرى ، فيغلب أن يكون للافتقار والإثراء مدى واحد هو أجر هذه المنفعة ، فتعطى المفتقر قيمة هذا الأجر تعويضاً . وإذا كان الافتقار خدمة أو عملا أداه المفتقر للمثرى ، فإن كان المفتقر محترفا كالمحامى والسمسار ، قدر افتقاره بالقيمة التجارية للخدمة أو العمل . أما إذا لم يكن محترفا ، فإن افتقاره يقدر بمقدار ما تجشمه من نفقات وما فاته من ربح معتدل بسبب قيامه بهذه الخدمة أو العمل . ويلاحظ فى كل ماقدمناه أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء ، وأن يكون الافتقار لا مقابل له ، فإن كان له مقابل بأن يكون المفتقر قد جلب منفعة لنفسه من وراء هذا الافتقار فإن دعوى الإثراء لا تقوم .

ولا يقدر الافتقار وقت تحققه كما هو الأمر فى تقدير الإثراء ، ولا وقت رفع الدعوى ، بل وقت صدور الحكم . ذلك أن الافتقار فى دعوى الإثراء يقابل الضرر فى دعوى المسئولية التقصيرية ، وقد رأينا فى المسئولية التقصيرية أن الضرر إذا كان قد تغير منذ وقوعه فاشتد أو خف ، فإن العبرة فى تقديره

تكون بيوم صدور الحكم . فإذا كان المفتقر ، وهو ينقذ منزل جاره من الحريق ، أصيب بحروق هي مدى افتقاره ويراد تقويمها . فإن كانت الإصابة قد اشتدت وانقلبت إلى عاهة مستديمة وقت صدور الحكم ، أدخل القاضي ذلك في حسابه عند تقدير الافتقار . كذلك لو خفت الإصابة ، دخل ذلك في الحساب . ويمكن تعليل هذا الفرق في الوقت الذي يقدر فيه الافتقار والوقت الذي يقدر فيه الإثراء بالاعتبار الآتي : إن طبيعة الإثراء تسمح بتقديره تقديراً نهائيا وقت وقوعه ، فهو يدخل في مال المثرى ويصبح جزءاً من هذا المال فيتحدد بذلك مقداره . ولذلك تكون العبرة في تقديره بوقت تحققه ، والمثرى وقد أصبح مالكا له يتحمل غرمه ويكسب غنمه في نقصه أو في زيادته . أما الافتقار فكالضرر لا تسمح طبيعته بأن يقدر تقديراً نهائيا إلا وقت صدور الحكم . ذلك أنه يخرج من مال المفتقر على وجه غير محقق ، ولا يستطاع أن يعرف مقدار ما خرج من مال المفتقر ، ما دام الافتقار قابلا للتغير ، إلا في الوقت الذي ينقطع فيه تغيره ويصبح قيمة ثابتة ، وآخر وقت ممكن لذلك هو وقت صدور الحكم . وحتى بعد صدور الحكم قد يبقى الافتقار قابلا للتغير ، ولكن قوة الأمر المقضي هي التي تجعل تقدير الافتقار نهائيا لا تجوز مراجعته .

الفصل الثاني

دفع غير المستحق — الفضالة

٥١٤ — **صورتان متميزتان من صور الإثراء بلا سبب** : للإثراء بلا سبب صورتان متميزتان عن سائر صوره : هما دفع غير المستحق والفضالة.

أما أن دفع غير المستحق هو صورة متميزة من صور الإثراء ، فلأن المفتقر هنا يدفع دينا ليس واجبا عليه ولكنه يعتقد أنه ملزم بدفعه ، فيرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء في صورتها العادية ، أو يرجع على الدائن الذي دفع له الدين بدعوى غير المستحق وهذه هي الصورة المتميزة لدعوى

الإثراء . ذلك أن الدائن الذى استوفى حقه قد أثرى بسبب قانونى هو الوفاء . ولما كان المفتقر قد وفى الدين عن غلط فإنه يستطيع أن يبطل الوفاء للغلط ، فيزول السبب القانونى للإثراء . ويصبح إثراء الدائن دون سبب ، فيسترد منه المفتقر مادفعه . ونرى من ذلك أن دفع غير المستحق هو إثراء كان له سبب ، ثم انتهى إلى أن يكون بغير سبب .

وأما أن الفضالة هى أيضاً صورة متميزة من صور الإثراء ، فذلك لأن الفضولى وهو يفتقر ليثرى غيره قد فعل ذلك متفضلا عن عمد ، فكان أحق بالرعاية من المفتقر الذى لايتعمد هذا التفضل . ولهذا كانت حقوق الفضولى قبل المثرى ، وهو رب العمل ، أوسع مدى من حقوق المفتقر فى دعوى الإثراء .

الفرع الأول

دفع غير المستحق

(Paiement du l'indû)

المبحث الأول

أركان دفع غير المستحق

٥١٥ — حالات دفع غير المستحق وتكييف الالتزام بالرد : تنص المادة ١٨١ مدنى على أن ١ — « كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له ، وجب عليه رده . ٢ — على أنه لامحل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء » . وتنص المادة ١٨٢ مدنى على أن « يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه ، أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق »(١) . ويتبين من هذه النصوص أن هناك حالتين لدفع غير المستحق :

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٢ — ١٨٣ (مطابق) — الليبى م ١٨٤ — ١٨٥ (مطابق) — العراق م ٢٣٣ وم ٢٣٦ — ٢٣٩ (مقارب) — اللبنانى م ١٤٣ و١٤٥ (موافق) .

(١) الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر . (٢) الوفاء بدين كان مستحقا وقت الوفاء ، ثم أصبح غير مستحق . ونبحث هاتين الحالتين ، ثم نكيف فى ضوء هذا البحث الالتزام برد ما أخذ دون حق .

المطلب الأول

حالتا دفع غير المستحق

§ ١ - الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر

٥١٦ — ركناه : تقوم هذه الحالة على ركنين : (١) دين غير مستحق وقت الوفاء به . (٢) وعمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلا للإبطال .

٥١٧ — دين غير مستحق وقت الوفاء به : يجوز أن يقوم شخص بوفاء دين لم يكن مترتبا فى ذمته وقت الوفاء . ويرجع ذلك إما لأن الدين منعدم من الأصل ، أو لأن الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق ، أو لأن الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به :

١ — ويكون الدين منعدما من الأصل إذا لم يكن له وجود أصلا فى أى وقت ، كوارث يدفع دينا يظن أنه على التركة ثم يتضح ألا وجود لهذا الدين . وقد يكون الدين منعدما من الأصل بالنسبة إلى الدافع ، وذلك إذا كان له وجود ولكن فى ذمة غير الدافع . كشخص يدفع دين غيره ظانا أنه يدفع دين نفسه . وقد يكون الدين منعدما من الأصل بالنسبة إلى المدفوع له . وذلك إذا كان الدين مترتبا فى ذمة الدافع ولكن دفعه لغير الدائن ظانا أنه هو الدائن . وقد يكون الدين أخيراً منعدما من الأصل إذا كان مصدره عقداً باطلا ، أوكان دينا طبيعيا لا جبر فى تنفيذه .

٢ — وقد يكون للدين وجود ويكون مؤمل الاستحقاق ، ولكنه لم يستحق . فالدين المعلق على شرط واقف إذا دفع يكون دفعه دفعا لدين لم يستحق ، يستوى فى ذلك أن يكون الدفع قبل تحقق الشرط أى فى وقت لم يثبت فيه إذا كان الدين سيستحق ، أو بعد تخلف الشرط أى فى وقت يثبت فيه أن الدين

لن يستحق[1]. وقد يكون للدين وجود محقق ولكنه لما يستحق . وسنرى أن المادة ١٨٣ مدنى تقول فى هذا الشأن إنه « يصح كذلك استرداد غير المستحق ، إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل » . فالدين المؤجل إذا دفع قبل حلول الأجل . يكون دفعه دفعا لدين لما يستحق ، أى الدين غير مستحق وقت الوفاء .

٣ — وقد يكون الدين ترتب فى ذمة الدافع للمدفوع له دينا صحيحا واجب الأداء . ولكنه انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ، ثم قام الدافع بوفائه مرة أخرى بعد انقضائه . مثل ذلك أن يكون الدين قد وفاه المورث ، ولم يعثر الوارث على المخالصة ، فوفى بالدين مرة أخرى . فيكون قد دفع دينا غير مستحق وقت الوفاء .

٥١٨ — عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلا للإبطال :

ويجب على الدافع أن يثبت — إلى جانب أن الدين غير مستحق على النحو الذى فصلناه — أنه قام بعمل من أعمال الوفاء . والغالب أن يكون هذا العمل هو الوفاء المباشر (paiement) ، ولكن يكفى أن يكون الدافع قد أعطى مقابلا للوفاء (dation en paiement)، أو أعطى إقرار بالدين (reconnaissance de detle)، أو قاص المدين فى دين له ، أوقام بغير ذلك من أعمال الوفاء المتنوعة .

فإذا أقام الدافع الدليل على أنه قام بوفاء دين غير مستحق ، فالمفروض أنه دفع عن غلط ، وأنه لم يكن يعلم بأنه ملزم بالدفع . وهذه القرينة القانونية قرينة تبررها الظروف ، فليس مفهوما لأول وهلة أن يدفع شخص دينا غير مستحق عليه إلا أن يكون هذا الشخص قد اعتقد أن الدين مستحق عليه فقام بوفائه . فالغلط ، وهو العيب الذى يشوب الوفاء عادة ، مفروض لايكلف الدافع إثباته .

ولكن هذه القرينة القانونية على الغلط قرينة قابلة لإثبات العكس ،

---

(١) أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين موجود نافذ ، إذا دفعه المدين فإنه يكون قد دفع دينا مستحقاً . وإذا تحقق الشرط الفاسخ صار هذا وفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ، ثم أصبح غير مستحق ، وهذه صورة من صور الحالة الثانية لدفع غير المستحق سيأتى بيانها فيما يلى .

فيجوز للمدفوع له أن ينقضها بأن يثبت أن الدافع كان يعلم وقت الدفع أنه لم يكن ملزما بما دفع ، فقد يدفع دينا واجبا على غيره فضالة أو تبرعا . وقد يدفع دينا طبيعيا قاصدا بذلك أن يوفى هذا الالتزام [١] .

وهذه القرينة القانونية الثانية التى تقوم لمصلحة المدفوع له ، وهى أن علم الدافع بعدم ملزوميته يقوم حائلا دون الرد ، هى أيضا قرينة قابلة لإثبات العكس . ويستطيع الدافع أن ينقضها بأن يثبت أحد أمرين : (١) أنه كان ناقص الأهلية وقت أن دفع ؛ وعند ذلك يستطيع أن يبطل الوفاء لنقص أهليته وأن يسترد ما دفع . حتى لوكان قد دفع وهو على بينة من أن الدين الذى دفعه لم يكن مترتبا فى ذمته [٢] . (٢) أنه قد أكره على الوفاء . مثل ذلك أن يكون قد وفى الدين من قبل ، ولما طولب به مرة ثانية لم يعثر على المخالصة . فاضطر أن يوفيه مرة أخرى خشية الحجز على ماله . ثم عثر بعد ذلك على المخالصة . فنى هذه الحالة يستطيع أن يسترد مادفع دون حق . ولو أنه وقت الدفع كان يعلم أنه يدفع دينا غير مستحق [٣] . ومثل ذلك أيضاً أن يكون قد سدد ماعليه من الضرائب ، ثم طولب بها مرة أخرى ووقع حجز إدارى على

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ثبت للمحكمة أن المبلغ المدفوع من المدعى ، والذى يطلب الحكم برده ، إنما دفع منه عن بصيرة تنفيذاً لعقد تصفية شركة يتضمن التزام المدفوع له بديون الشركة جميعاً وتحصيل ما يستطيع من ذماماتها ، فإن المدعى لا يكون محقاً فى استرداده (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١ ص ١٠١) .

(٢) أما إذا دفع ناقص الأهلية دينا مترتبا فى ذمته ، فإن الدفع يكون صحيحا مبرئا للذمة إذا لم يلحق به ضرراً . ومن ثم لا يجوز له استرداد ما دفع . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : «ومع ذلك فالوفاء بالشىء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام ، إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى» .

(٣) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى مدين أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه ، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين ، وتناول هذا الحكم ماكان يدعيه المدين من التخالص من الدين بالوفاء ، قائلا عنه إنه غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة ، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعى براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك (نقض مدنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٧ ص ١٦) . وقد يقال لتبرير قضاء محكمة النقض أن عدم التخالص من الدين قد قضى فيه بحكم حاز قوة الأمر المقضى ، فلا يجوز الرجوع بعد ذلك لمناقشة هذه المسألة . على أن محكمة الاستئناف المختلطة تهدر الدفع بقوة الأمر المقضى ، إذا ثبت لها أن المدفوع له قد حصل على غير المستحق عن طريق التدليس (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

ماله . فاضطر إلى الدفع وهو عالم بأن الدين غير مستحق . فيجوز له فى هذه الحالة أن يسترد ما دفع لأنه كان مكرها على الدفع [1] .

§ ٢ — الوفاء بدين كان مستحقا وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق

٥١٩ — ركناه : تختلف هذه الحالة عن الحالة التى سبقتها فى أن الدين الذى دفع فى الحالة السابقة لم يكن مستحقاً وقت الوفاء به وقد وفاه الدافع عن غلط أو تدليس أو إكراه أو وهو ناقص الأهلية . أما الدين الذى وفاه الدافع فى الحالة التى نحن بصددها فهو دين مستحق واجب الوفاء وقت الدفع ولكنه أصبح غير مستحق بعد ذلك . وتقوم هذه الحالة هى الأخرى على ركنين : (١) وفاء صحيح بدين مستحق الأداء (٢) زوال سبب هذا الدين بعد أن تم الوفاء به .

٥٢٠ — وفاء صحيح بدين مستحق الأداء : هذا هو عكس ما قررناه فى الحالة السابقة ، فهناك كنا أمام وفاء غير صحيح بدين غير مستحق الأداء . أما هنا فنحن أمام وفاء صحيح بدين مستحق الأداء . ومثل الدين المستحق الأداء أن يكون دينا واجبا بعقد معلق على شرط فاسخ أو عقد قابل للفسخ أو عقد قابل للإبطال . فمادام الشرط الفاسخ لم يتحقق ، ومادام العقد لم يطلب فسخه أو إبطاله ، فإن الالتزام الناشئ من العقد يكون دينا مستحق الأداء ، ويلزم المدين الوفاء به . وسواء وفاه اختيارا أو إجباراً فإن وفاءه صحيح ، ولا يشوب الوفاء هنا ما شابه فى الحالة السابقة من عيب ، إذ الدين صحيح واجب الأداء والوفاء به وفاء صحيح مبرئ للذمة .

٥٢١ — زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به : وما دام الدين صحيحا واجب الأداء ، وقد وفى به المدين وفاء صحيحا مبرئا للذمة ، فقد انقضى الدين ، ولا سبيل لاسترداده بعد انقضائه . ولكن الذى يحدث فى هذه

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إجبار شركة على أن تدفع ضريبة السير فى الطرق الزراعية عن طريق تهديدها بعدم إعطائها رخصة بتسيير مركباتها أو بعدم تجديد هذه الرخصة ، يجعل للشركة الحق فى أن تسترد ما دفعته دون حق إذا كانت الضريبة غير قانونية (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٨) .

الحالة . فيفتح السبيل إلى الاسترداد ، هو أن السبب الذى كان مصدراً لهذا الدين يزول : يتحقق الشرط الفاسخ الذى كان الالتزام معلقا عليه . أو يفسخ العقد الذى كان قابلا للفسخ . أو يبطل العقد الذى كان قابلا للإبطال . فنى هذه الصور جميعا يتبين أن الدين الذى وفى به المدين . ولو أنه كان دينا مستحق الأداء وقت الوفاء به ، قد زال سببه فأصبح غير مستحق ، ويتبين تبعا لذلك أن المدين قد وفى دينا غير مستحق فيجوز له استرداده[1] .

المطلب الثانى

تكييف الالتزام برد ما دفع دون حق

٥٢٢ — رد حالتى دفع غير المستحق إلى قاعدة الإثراء بلا سبب : قدمنا أن دفع غير المستحق ليس إلا صورة من صور الإثراء بلا سبب ، ونحلل الآن كلا من حالتيه لنبين ذلك فى وضوح .

فالحالة الأولى ، وهى حالة دفع دين غير مستحق وقت الوفاء به ، تنطوى على عمل من أعمال الوفاء قد شابه عيب يجعله قابلا للإبطال . فالدافع

---

(١) ونورد أمثلة عملية على ما قدمناه : (ا) شخص يشترى عينا تحت شرط فاسخ ويدفع الثمن ، ثم يتحقق الشرط . هنا يزول بانفساخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن ، ويكون له أن يسترد الثمن من البائع بدعوى استرداد المدفوع بغير حق . (ب) عقار مرهون يباع جبراً على المدين ، ويدفع من رسا عليه المزاد الثمن للدائنين المرتهنين وفاء لحقوقهم ، ثم يستحق العقار فى يد الراسى عليه المزاد وينتزعه منه المالك الحقيقى . فيجوز للراسى عليه المزاد الرجوع على الدائنين بما دفعه لهم ، لأن الثمن الذى دفعه للدائنين لم يعد مستحقاً فى ذمته . (ج) قاصر اشترى منزلا ودفع ثمنه للبائع ، فالعقد هنا قابل للإبطال ، فإذا أبطله زال سبب التزامه بدفع الثمن ، وكان له أن يسترد ما دفع . (د) قضت محكمة النقض بأن القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ الخاص بمنع تملك الأجانب الأراضى الزراعية قد عمل به اعتباراً من ١٧ مارس سنة ١٩٥١ بعد أداء رسوم الشهر . فاستحال معه شهر عقد هبة . ومن ثم وجب رد رسوم الشهر (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٠٧ ص ٦٥٦) . أما إذا عدل أصحاب الشأن عن إتمام شهر العقد بإرادتهم ، فإنه لا يسوغ لهم المطالبة باسترداد ما دفعوه من رسوم تسجيل عملا بالمادة ٦٦ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ والمادة ٩ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ : ويقضيان بعدم جواز رد أى رسم حصل (نقض مدنى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٦٤ ص ١٠٥٥ — ١٤ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٣٦ ص ٢٥٤) .

لدين غير مستحق إما أن يكون قد دفع عن غلط — وكالغلط التدليس — أو عن إكراه ، أو أن يكون ناقص الأهلية . ولما كان الوفاء تصرفاً قانونيا (acte juridique) ، فهو قابل للإبطال لهذا العيب الذى شابه ، وللدافع إذن أن يبطله . ومتى بطل زال السبب الذى نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له ، فيثرى المدفوع له دون سبب على حساب الدافع ، ومن ثم يسترد ما دفع بموجب قاعدة الإثراء .

ونرد أيضاً الحالة الثانية إلى قاعدة الإثراء بلا سبب . نفيها يفى الدافع بدين مستحق الأداء ، ثم يزول سبب استحقاق الدين بتحقق الشرط الفاسخ أو بفسخ العقد أو بإبطاله . فالوفاء الذى كان العقد سببا له أصبح الآن دون سبب بزوال العقد ، ومن ثم يبطل الوفاء لزوال السبب . ومتى بطل ، زال السبب الذى نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له ، فيثرى المدفوع له هنا أيضاً دون سبب على حساب الدافع . ومن ثم يسترد الدافع ما دفع بموجب قاعدة الإثراء .

ولما كان الوفاء يبطل فى الحالتين كتصرف قانونى . فهو لا يبقى إذن إلا كواقعة مادية ، هى الواقعة التى ترتب عليها إثراء المدفوع له وافتقار الدافع ، ومن ثم تكون هى الواقعة التى تنشئ الالتزام برد المدفوع بغير حق .

وإذا كان دفع غير المستحق صورة من صور الإثراء بلا سبب ، إلا أنها صورة تتميز بالخاصية الآتية : قيمة الافتقار فيها تعدل قيمة الإثراء ، فالدافع قد افتقر بقيمة ما دفع والمدفوع له قد أثرى بهذه القيمة ذاتها ، ومن ثم يسترد الدافع ما دفع . هذا هو الأصل ، ويستثنى منه ما إذا كان المدفوع له ناقص الأهلية ، فينظر إلى القيمة التى انتفع بها فعلا وقد تنقص عن القيمة التى أخذها ، فلا يرد إلا القدر الذى انتفع به (م ١٨٦ مدنى) كما سنرى .

٥٢٣ — التمييز بين دين فى الذمة وعين معينة بالذات : ويمكن التمييز ، فى دفع غير المستحق ، بين ما إذا كانت القيمة التى نقلها الدافع إلى المدفوع له دينا فى الذمة أو عينا معينة بالذات . ففى الأمثلة التى قدمناها كانت القيمة المنقولة دينا فى الذمة ، فلما زال سبب الإثراء لم يبق للدافع إلا دعوى شخصية يرجع بها على المدفوع له هى دعوى استرداد المدفوع بغير حق .

أما إذا كانت القيمة عينا معينة بالذات ، كما إذا كان المدفوع عقاراً باعه صاحبه وسلمه للمشترى ثم فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن ، فإن العقار بفسخ البيع تعود ملكيته للبائع ، إذ هو عين معينة بالذات وليس دينا فى الذمة ، ومن ثم يكون للدافع فى هذه الحالة ، إلى جانب دعوى استرداد المدفوع بغير حق وهى دعوى شخصية ، دعوى عينية هى دعوى الاستحقاق .

المبحث الثانى

أحكام دفع غير المستحق

٥٢٤ — دعوى استرداد غير المستحق : إذا تحققت حالة من حالتى دفع غير المستحق ، نشأت دعوى لمصلحة الدافع قبل المدفوع له هى دعوى استرداد غير المستحق . ونستعرض فى هذه الدعوى من يكون المدعى ومن يكون المدعى عليه ، وما الذى يطالب به المدعى المدعى عليه ، وكيف تسقط هذه الدعوى فى حالات خاصة .

المطلب الأول

المدعى والمدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

٥٢٥ — المدعى : المدعى فى هذه الدعوى الدائن أى المفتقر الذى يسترد ما دفع دون حق . والمفتقر هو من حصل الدفع من ماله[١] . ويغلب أن يكون هو الذى تولى الدفع فعلا فيفترض أنه دفع من ماله .

وقد يكون الوكيل هو الذى تولى الدفع ، فإن كان قد دفع من مال الأصيل فالأصيل هو الدائن . وإن كان قد دفع من ماله الخاص ولم يجز الأصيل الدفع كان الوكيل هو الدائن . والمفروض فى الوكيل إذا دفع عن الأصيل أنه يدفع من مال الأصيل ، لا من ماله هو .

وقد يكون النائب — الولى أو الوصى أو القيم أو ناظر الوقف الخ —

(١) نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣ ص ٥٤ .

هو الذى تولى الدفع عن الأصيل . وحكمه فى ذلك حكم الوكيل على النحو الذى قدمناه .

ويجوز أيضاً لورثة الدائن بعد موته أن يستعملوا هذا الحق الذى آل إليهم بالميراث .

٥٢٦ — المدعى عليه : المدعى عليه فى دعوى غير المستحق هو المدين أى المثرى المدفوع له بغير حق ، حتى لوكان الدفع لوكيله أونائبه من ولى أو وصى أوقيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك .

وإذا كان المدعى عليه ناقص الأهلية ، كان الرجوع عليه بقدر ما انتفع على ما سنرى .

المطلب الثانى

بماذا يطالب المدعى المدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

٥٢٧ — حالات مختلفة : تنص المادة ١٨٥ مدنى على أنه « ١ — إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم . ٢ — أما إذا كان سيئ النية ، فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التى جناها ، أو التى قصر فى جنيها ، من الشيء الذى تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيئ النية . ٣ — وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى »[(١)] .

ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو كان سيئ النية ، فنستعرض أحكام كل فرض من هذين الفرضين ، ثم نستعرض حالتين معينتين تميزتا بأحكام خاصة .

§ ١ — المدفوع له حسن النية

٥٢٨ — معنى حسن النية : حسن النية هنا معناه أن المدفوع له يعتقد

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٦ (مطابق) — الليبى م ١٨٨ (مطابق) — العراقى م ٢٣٣/١ — (موافق) — اللبنانى م ١٤٢ و١٤٦ (موافق) .

أنه يتسلم ما هو مستحق له . والمفروض أنه حسن النية ، والدافع هو الذى عليه أن يثبت سوء نيته ، فيثبت أن المدفوع له كان يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له فهو سيئ النية منذ البداية ، أو أنه علم بعد أن تسلم الشيء أنه غير مستحق له فهو حسن النية وقت التسلم سيئ النية بعد ذلك .

فإذا كان المدفوع له حسن النية على الوجه الذى بيناه ، فإما أن يكون قد تسلم نقودا أو أشياء مثلية ، أو أن يكون قد تسلم عينا معينة بالذات ، ويختلف الحكم فى كل من الحالتين .

٥٢٩ — المدفوع نقود أو أشياء مثلية : إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية — غلالا أو أقطانا أو نحو ذلك — فإنه يدخل دينا فى ذمة المدفوع له ، ويجب عليه رده . فيرد مقدار النقد الذى تسلمه دون نظر لتغير سعر النقد ، أو يرد المقدار الذى أخذ من الأشياء المثلية .

أما الثمرات والفوائد فلا يلتزم بردها مادام حسن النية ، لأنه تملكها بالقبض . ويلتزم بردها إذا أصبح سيئ النية ، ومن وقت أن أصبح كذلك . وعلى أى حال يلتزم برد الثمرات والفوائد من يوم رفع الدعوى ، إذ يفترض سوء نيته من وقت مطالبته قضائيا برد ما تسلمه دون حق[1] .

٥٣٠ — المدفوع عين معينة بالذات : وإذا كان المدفوع عينا معينة بالذات — أرضا أو سيارة مثلا — فإن ملكيتها ، وقد كانت انتقلت بالوفاء إلى المدفوع له ، تعود بإبطال الوفاء إلى الدافع . ويصبح المدفوع له حائزاً لعين مملوكة للدافع . ويكون للدافع فى استردادها دعويان : دعوى الاستحقاق باعتباره المالك وهى دعوى عينية ، ودعوى الاسترداد باعتباره دافعا لغير المستحق وهى دعوى شخصية ، وهذه الدعوى الأخيرة هى التى تعنينا هنا . فيلتزم المدفوع له إذن برد العين للدافع بموجب التزام شخصى هو رد

(١) والمطالبة القضائية برد غير المستحق ، إذا كان نقداً ، توجب دفع الفوائد القانونية (٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية) من وقت المطالبة متى دخلت المطالبة بالفوائد فى صحيفة الدعوى ، وتوجب رد الثمرات أو التعويض بحسب ما يقدره القاضى من وقت رفع الدعوى إذا كان المدفوع أشياء مثلية لا نقداً — انظر فى هذه المسألة استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ .

غير المستحق . أما الثمار فإن المدفوع له حسن النية يكسبها بالقبض إلى يوم رفع الدعوى[1] (م ٩٧٨ مدنى) . وأما المصروفات التي قد يكون المدفوع له حسن النية أنفقتها على العين ، فهي إذا كانت مصروفات ضرورية ، استردها كلها من الدافع . وإذا كانت مصروفات نافعة ، خير الدافع بين رد هذه المصروفات أو رد مبلغ يساوى ما زاد فى قيمة العين بسببها ، وهذا إلا إذا طلب المدفوع له نزع ما استحدثه . وإذا كانت مصروفات كمالية ، لم يرد الدافع منها شيئاً . ولكن للمدفوع له نزع ما استحدثه . وعندئذ يجوز للدافع أن يطالب استبقاء ما استحدثه المدفوع له فى مقابل دفع قيمته مستحق لإزالة (م ٩٢٤ — ٩٢٥ مدنى) .

وإذا كانت العين قد هلكت أو تلفت أو ضاعت فى يد المدفوع له حسن النية ، لم يكن هذا مسئولا عن الهلاك أو التلف أو الضياع إلا إذا كان قد وقع بخطأ منه ؛ وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ . أما إذا كان المدفوع له قد انتفع بالعين الانتفاع العادى وفقاً لما يحسبه من حقه ، فإنه لا يكون مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما إذا انتفع بأنقاض منزل أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع أو ذبح ماشية وانتفع بلحمها (م٩٨٣ مدنى) . وللدافع فى جميع الأحوال أن يسترد الشيء التالف فى الصورة التي آل إليها ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف .

وإذا تصرف المدفوع له حسن النية فى العين معاوضة ، لم يكن مسئولا قبل الدافع إلا بمقدار ما أخذ من عوض ، فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه فى المطالبة به . أما إذا تصرف فى العين تبرعاً ، فإنه لا يكون مسئولا عن شيء قبل الدافع . ولكن للدافع أن يرجع على الموهوب له بدعوى الاستحقاق ، إلا إذا كان هذا قد كسب ملكية العين بسبب كالتقادم أو الحيازة .

---

(١) وقد يقبض المستحق فى الوقف نصيبه من الغلة ، ثم يتبين أنه غير مستحق أو أنه قبض أكثر من نصيبه . فيعتبر حقه فى الاستحقاق ، وهو حق الانتفاع العينى ، فى هذه الحالة عينا مدفوعة دون حق . ويجب على المدفوع له ردها . ولكن إذا كان هذا حسن النية ، فإنه لا يرد غلة الوقف التي صرفها له الناظر ، لأنها تعتبر ثماراً ملكها بالقبض (نقض مدنى ٢٣مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٨ ص ٧٩٣) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٣ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٤ ص ١٩١ — ولكن قارن نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٦ ص ١٢٦ .

§ ٢ – المدفوع له سيئ النية

٥٣١ – المدفوع نقود أو أشياء مثلية : يرد المدفوع له مقدار النقد الذى تسلمه ، ويعوض عن تغير سعر النقد لأنه سيئ النية . وإذا كان المدفوع أشياء مثلية ، ردها بالمقدار الذى أخذ .

أما الثمرات والفوائد فيلزم بها المدفوع له سيئ النية . وفى هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ مدنى كما رأينا : « أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التى جناها ، أو التى قصر فى جنيها ، من الشىء الذى تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيئ النية »(١) .

٥٣٢ – المدفوع عين معينة بالذات : يلتزم المدفوع له سيئ النية برد العين للدافع ، ويلتزم برد الثمار التى قبضها فعلا أو قصر فى قبضها (م ٩٧٩ مدنى) . وأما المصروفات فإن كانت ضرورية استردها كلها . وإن كانت نافعة فللدافع أن يطالب إزالة ما استحدث أو استبقاءه فى مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى قيمة العين بسبب هذه المصروفات . وإن كانت كمالية فلا يرجع بشىء على الدافع ولكن له أن ينزع ما استحدث إلا إذا اختار الدافع أن يستبقيه فى مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (٩٨٠ مدنى) .

وإذا هلكت العين فى يد المدفوع له سيئ النية ولو بقوة قاهرة ، التزم برد قيمتها وقت الهلاك ، إلا إذا ثبت أن العين كانت تهلك ولو كانت باقية فى يد الدافع (م ٩٨٤ مدنى) .

وإذا تصرف المدفوع له سيئ النية فى العين معاوضة ، كان ملزما قبل الدافع برد العين إليه ، ويتم ذلك بانتزاعها من الغير الذى تصرف له ، فإن عجز عن ذلك كان الدافع مخيراً بين قيمة العين والعوض الذى أعطى

---

(١) وتطبيقاً لرد الفوائد عن النقود التى أخذت بغير حق ، قضت محكمة النقض بأنه لا مخالفة للقانون فى القضاء بإلزام المقترض بالربا الفاحش بفوائد المبالغ المحكوم عليه بردها محسوبة من تاريخ قبضها (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢) .

فيها . أما إذا تصرف المدفوع له تبرعا ، كان للدافع أن يسترد العين من الموهوب له ، فإن عجز عن ذلك رجع بقيمتها على المدفوع له .

§ ٣ - حالتان ذاتا أحكام خاصة

٥٣٣ - الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل : تنص المادة ١٨٣ مدنى على أنه « ١ - يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله ، وكان الموفى جاهلا بقيام الأجل . ٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل[1] » .

والمفروض أن المدين وفى الدين المؤجل قبل حلول أجله وهو جاهل بقيام الأجل أو وهو مكره على ذلك ، لأنه لو عجل الدين المؤجل وهو عالم بقيام الأجل غير مكره على الوفاء لحمل ذلك منه على أنه نزول عن الأجل ، فلا يرجع بشيء على الدائن . والأصل أن المدين إذا وفى المدين قبل حلول أجله على الوجه الذى بيناه ، كان له أن يسترده بدعوى غير المستحق ، ثم يوفيه عند حلول الأجل . ولكن يجوز للدائن ، بدلا من أن يرد الدين ثم يستوفيه عند حلول أجله ، أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود مالحق المدين من ضرر . مثل ذلك مقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر . وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية . فيحق له أن يطالب الدائن ، إذا لم يشأ هذا أن يرد البناء الذى تسلمه إلى أن يحل الأجل ، بأقل القيمتين : قيمة النفقات الإضافية التى تقدمت الإشارة إليها ، وقيمة إيراد البناء فى الشهور الستة . وإذا كان الدين الذى وفى قبل حلول الأجل نقودا ، ولم يردها الدائن للمدين على أن تؤدى إليه ثانية عند حلول الأجل ، كان للمدين أن يطالب بما يغل الدين من فائدة بحسب السعر

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٤ (مطابق) - الليبى م ١٨٦ (مطابق) - العراقى م ٢٣٥ (موافق) - اللبنانى م ١٤٤ أولا (مقارب) .

المتفق عليه ، أو حسب السعر القانونى إذا لم يكن ثمة اتفاق فى هذا الشأن . وذلك عن المدة الباقية لحلول الأجل . فهذه الفائدة هى التى تمثل ما أفاده الدائن من التعجيل فى استيفاء حقه ، فى حدود ما أصاب المدين من الضرر من جراء الوفاء قبل حلول الأجل .

٥٣٤ – الوفاء لناقص الأهلية : تنص المادة ١٨٦ مدنى على أنه « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق ، فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به »(١) فإذا كان المدفوع له ناقص الأهلية ، بأن كان قاصراً أو محجوراً عليه ، عومل برعاية أكبر من الرعاية التى يعامل بها كامل الأهلية . فهو لا يلتزم برد ما آخذ إلا فى حدود ما انتفع به فعلا . فإذا تسلم عيناً معينة بالذات فهلكت العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطأه ، لم يكن ملزما بشيء قبل الدافع حتى لو كان سيئ النية ، لأن ما فقده دون أن ينتفع به لا يدخل فى إثرائه . وكذلك يكون الحكم لو تسلم نقوداً أو أشياء مثلية وضاعت منه أو هلكت أو تلفت . أما إذا كان الهلاك أو التلف أو الضياع قد وقع بخطأه . فإنه يلتزم بالتعويض لأن ناقص الأهلية يلتزم بالخطأ . وإذا اتبرع المدفوع له وهو ناقص الأهلية بالشيء الذى تسلمه دون حق ، لم يرجع الدافع عليه بشيء لأنه لم ينتفع بالشيء ، حتى لو كان سيئ النية وقت أن تبرع(٢) .

والدافع هو الذى يقع عليه عبء الإثبات أن ناقص الأهلية قد أثرى

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٧ (مطابق) – الليبى م ١٨٩ (مطابق) – العراق م ٢٣٤ (موافق) – اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) ويعتبر ناقص الأهلية قد أفاد مما أخذه إذا كان قد وفى به دينا عليه ، أو اشترى به شيئاً نافعاً ولو قلت قيمة هذا الشيء بعد ذلك أو انعدمت بسبب طبيعى ، أو رمم عقاراً حتى لو هلك العقار بعد ذلك بقوة قاهرة ، أو بقى المال الذى أخذه فى يده فى وقت الرد (استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص٧٢) . ويعتبر مفيداً ما صرفه القاصر فى ضرورياته أو فى كمالياته المعقولة التى يحصل عليها أمثاله (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٥٠ – أول يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٦) . ويعتبر غير مفيد ما بدده ناقص الأهلية فى ملاهيه ، أو فى المقامرة ، أو فى شراء أشياء غير مفيدة وغير متناسبة مع حالته الاجتماعية ومقدار ثروته ، أو فى أشياء ضارة كالمواد المخدرة ، أو ما أضاعه من المال عن خرق أو عدم حيطة .

وتقدير مدى إثرائه ، ويجوز الإثبات بجميع الطرق لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية .

المطلب الثالث

سقوط دعوى استرداد غير المستحق

٥٣٥ — **وجهان خاصان للسقوط** : دعوى استرداد غير المستحق تخضع للقواعد العامة فى انقضائها وفى سقوطها . غير أن لها وجهين للسقوط خاصين بها . (أولهما) سقوط الدعوى إذا كان المدفوع له حسن النية وتجرد من سند الدين ، أو من تأميناته ، أو ترك دعواه تسقط بالتقادم . (والوجه الثانى) سقوط الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد .

§ ١ — تجرد المدفوع له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه دعواه تسقط بالتقادم

٥٣٦ — **متى تسقط دعوى استرداد غير المستحق** : تنص المادة ١٨٤ مدنى على أنه « لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد عن سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقى فى هذه الحالة بتعويض الغير الذى قام بالوفاء »[١] .

فالمفروض هنا أن غير المدين دفع الدين للدائن ، وكان هذا حسن النية وقت استيفاء حقه ، فأعدم سند الدين ، أو سلمه للدافع ولم يستطع إرجاعه ، أو أغفل المحافظة عليه بأى وجه ، أو تجرد من تأمينات الدين بأن أغفل قيد الرهن ، أولم يجدد القيد ، أو شطب الرهن ، أو نزل عنه ، أو أبرأ ذمة الكفيل ، أو نحو ذلك . فى كل هذه الفروض يسقط حق الدافع فى الرجوع على المدفوع

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٥ (مطابق) — الليبى م ١٨٧ (مطابق) — العراقى لا مقابل — اللبنانى م ١٤٤ ثالثا (موافق) .

له بدعوى غير المستحق ، لأن هذا الحق قد تعارض مع حق آخر لشخص حسن النية هو المدفوع له ، وقد تجرد من سند الدين أو من التأمينات اعتماداً على استيفائه لحقه . فالمدفوع له لم يقصر ؛ والمقصر هو الدافع إذ دفع الدين غلطا وغلطه هذا ينطوي على ضرب من التقصير . هذا التعارض بين الحقين هو الذي جعل الغلبة لحق المدفوع له حسن النية ، ورجح كفة غير المقصر .

ويلتحق بذلك أن يكون الدائن قد ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم بعد أن اطمأن إلى استيفائه لحقه . فهنا أيضاً يتعارض الحقان ، ويرجح حق الدائن حسن النية . فلا يجوز للدافع الرجوع عليه ، لأنه إذا رجع واسترد ما دفع ، لم يستطع الدائن الرجوع على المدين الحقيقي لتقادم دعواه ، شأنه في ذلك شأن الدائن الذي تجرد من سند المدين أو من تأميناته .

٥٣٧ — رجوع الدافع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء : وإذا كان الدافع لا يحق له الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق ، فإن الطريق يبقى أمامه مفتوحا للرجوع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء بلا سبب . فقد دفع له دينه ، فأثرى هذا بمقدار ما افتقر ذاك .

ويرجع الدافع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء . وسنده فيها المخالصة التي حصل عليها من الدائن عندما وفاه الدين . ويبدو أنه يجب أن يكون لهذه المخالصة تاريخ ثابت درءاً للتحايل في الفرض الآتي : يسقط الدين بالتقادم ، فيعمد الدائن إلى التواطؤ مع أجنبي يعطيه مخالصة بالدين ، ويجعل تاريخ المخالصة سابقا على سقوط الدين بالتقادم . فيصوره بذلك شخصاً دفع الدين قبل تقادمه ، فيستطيع هذا إذن الرجوع على المدين بما دفع ، إذ لم تتقادم دعواه المبنية على الإثراء بلا سبب بالرغم من تقادم دعوى المدين . وبفضل هذا التواطؤ يستطيع الدائن أن يحصل بطريق غير مباشر على حق سقط بالتقادم . لذلك وجب أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ لجواز الاحتجاج بها على المدين ، فيمتنع التواطؤ ولا يستطيع الدائن أن يقدم تاريخ المخالصة ليقع في وقت لم يكن الدين قد تقادم فيه .

§ ٢ – سقوط الدعوى بثلاث سنوات

٥٣٨ – تقادم دعوى غير المستحق : تنص المادة ١٨٧ مدنى على أن « تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق »(١) .

فدعوى غير المستحق ، وهى فرع عن دعوى الإثراء بلا سبب وتترتب مثلها على التزام لا ينشأ بإرادة صاحبه ، تتقادم بعين المدة التى تتقادم بها دعوى الإثراء بلا سبب .

٥٣٩ – السقوط بأقصر المدتين : ومن ثم تسقط دعوى غير المستحق بأقصر المدتين الآتيتين :

١ – ثلاث سنوات تسرى من اليوم الذى يعلم فيه الدافع بحقه فى الاسترداد . فلا يبدأ سريان التقادم هنا من يوم قيام الالتزام فى ذمة المدفوع له ، بل من اليوم الذى علم فيه الدافع بأنه دفع دينا غير مستحق عليه . ولما كان الدافع لا يعلم عادة بذلك إلا بعد انقضاء مدة من قيامه بالدفع ، فإن سريان هذا التقادم القصير يبدأ فى الغالب متأخراً عن سريان التقادم الطويل الذى سيأتى بيانه . وقد يتفق مبدأ السريان فى كل من المدتين إذا كان الدافع لم يدفع عن غلط ، بل دفع مكرها أو كان ناقص الأهلية ، فإنه يكون عندئذ عالما بحقه فى الاسترداد وقت قيام هذا الحق .

٢ – خمس عشرة سنة تسرى من يوم قيام الالتزام ، ويقوم الالتزام من يوم دفع غير المستحق . وقد يبدو أن هذه المدة أطول بكثير من المدة الأولى ، وأن الدعوى تتقادم بالمدة الأولى قبل تقادمها بالمدة الثانية . وهذا صحيح فى الكثرة الغالبة من الأحوال . ولكن قد يقع ، كما رأينا فى دعوى الإثراء ، أن الدافع لا يعلم بغلطه إلا بعد مدة طويلة ، إذا فرضناها أكثر من

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٨ (مطابق) – الليبى م ١٩٠ (مطابق) – العراقى م ٢٤٤ (موافق) – اللبنانى لا مقابل .

ءاثنى عشرة سنة فإن الدعوى تتقادم فى هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم الدافع بحقه فى الاسترداد . وهذا ما قدره المشرع . فتحوط له كما تحوط فى دعوى الإثراء(١) .

الفرع الثانى

الفضـــالة(*)

(Gestion d'affaires)

المبحث الأول

أركان الفضالة

٥٤٠ — أركانه ثلاثة : تنص المادة ١٨٨ مدنى على ما يأتى : « الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر . دون أن يكون ملزما بذلك » . وتنص المادة ١٨٩ مدنى على ما يأتى : « تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى . فى أثناء توليه شأنا لنفسه . قد تولى شأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر » . وتنص المادة ١٩٠ مدنى على ما يأتى : « تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى »(٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت مبالغ المعاش التى استولى عليها الطاعن قد دفعت ونشأ الحق فى استردادها فى ظل القانون المدنى الملغى ، واستمر هذا الحق قائماً إلى تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد ، فإن الدعوى باستردادها لا تسقط إلا بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد أو بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ نشوء هذا الحق ، أى المدتين أقصر (نقض مدنى ٤ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٣ ص ٤٣٧) .

* مراجع : فلاتيه (Flattet) فى العقود لحساب الغير — جوبليه (Goublet) رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ — ڤيزيوز (Vizioz) رسالة من بوردو سنة ١٩١٢ — جييو (Guillot) رسالة من رن سنة ١٩٢٨ — مارويت (Maruitte) رسالة من كان سنة ١٩٣٠ — پيكار (Picard) فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢١ ص ١٩ وما بعدها وسنة ١٩٢٢ ص ٥ وما بعدها .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٩ — ١٩١ (مطابق) — =

ويتبين من هذه النصوص أن الفضالة تتحقق بقيام أركان ثلاثة :

١ – أن يقوم الفضولى بشأن عاجل لشخص آخر . وهذا هو الركن المادى .

٢ – أن يقصد فى قيامه بهذا الشأن العاجل . مصلحة رب العمل . وهذا هو الركن المعنوى .

٣ – ألا يكون . إزاء هذا الشأن العاجل . ملتزما به ولاموكلا فيه ولا منهيا عنه . وهذا الركن يمكن أن يطلق عليه الركن القانونى .

ونستعرض هذه الأركان الثلاثة :

المطلب الأول

قيام الفضولى بشأن عاجل لرب العمل

٥٤١ – عنصرا هذا الركن : أول ركن للفضالة هو أن يقوم الفضولى بشأن عاجل لرب العمل . والشأن قد يكون تصرفا قانونيا أو عملا ماديا ، وهو فى الحالتين يجب أن يكون عاجلا .

§ ١ تصرف قانونى أو عمل مادى

٥٤٢ – التصرف القانونى : يصح أن يكون الفضولى فى الأصل وكيلا عن رب العمل ، فيجاوز حدود الوكالة ، عالما بذلك أو غير عالم ، فهو فيما جاوز فيه هذه الحدود فضولى . أو يستمر فى العمل باسم الأصيل بعد انتهاء الوكالة ، سواء علم بانتهاء الوكالة أو لم يعلم ، فهو فضولى فيما قام به بعد انتهاء الوكالة . وقد يعمل الفضولى دون وكالة أصلا ، فيقوم بتصرف قانونى باسم رب العمل ، فيقبل هبة عنه ، أو يؤجر عينا شائعة بينهما ، أو ببيع محصولات لرب العمل مما يسرع إليه التلف ، أو يوفى بضريبة واجبة على رب العمل توقيا للحجز الإدارى . ونرى من ذلك أن التصرفات القانونية التى يقوم بها الفضولى قد تكون من أعمال الإدارة ، وقد تكون من أعمال التصرف .

= الليبى م ١٩١ – ١٩٣ (مطابق) – العراقى لا مقابل (والتقنين العراقى لا يعرف الفضالة ، ومن ثم تطبق فى أحوال الفضالة قواعد الإثراء بلا سبب) – اللبنانى م ١٤٩ – ١٥١ وم ١٥٣ – ١٥٥ (موافق) .

وإذا قام فضولى بتصرف قانونى باسم رب العمل ، وقع التصرف نافذاً مباشرة فى حق رب العمل كما لوكان الفضولى وكيلا عنه على ما سنرى . ويترتب على ذلك أنه ليس من الضرورى أن يكون الفضولى ذا أهلية كاملة لمباشرة هذا التصرف القانونى ، ويكفى أن يكون من أهل التمييز ، شأنه فى ذلك شأن الوكيل . وعلى العكس من ذلك يجب أن يكون رب العمل أهلا للتصرف القانونى الذى تولاه الفضولى[1] ، لأنه يقع نافذاً مباشرة فى حقه كما قدمنا .

٥٤٣ — **العمل المادى** : وقد يقوم الفضولى بعمل مادى . كأن يقطع التقادم فى حق لرب العمل مهدد بالسقوط ، أو أن يقيد رهنا لمصلحة رب العمل ، أو أن يجدد قيد الرهن ، أو أن يطفئ حريقا اشتعلت فى منزل لرب العمل ، أو أن يجنى محصولا لرب العمل يخشى عليه التلف إذا لم يجن ، أو أن ينقى زراعة رب العمل من دودة القطن ، أو أن يكبح جماح حصان أوشك أن يلقى براكبه إلى الأرض ، وما إلى ذلك من الأعمال المادية التى تكون من الشؤون العاجلة لرب العمل . وغنى عن البيان أن الفضولى يستطيع أن يثبت إزاء رب العمل هذه الأعمال المادية بجميع الطرق ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن .

---

(١) ذلك أننا لا نسير فى نيابة الفضولى القانونية عن رب العمل ، إذا تعاقد باسم رب العمل ، إلى حد جعل هذه النيابة القانونية تختلط اختلاطاً تاما بالنيابة القانونية للولى أو الوصى أو القيم عن الصغير والمحجور . فهؤلاء أقام لهم القانون نائبا لعجزهم عن التصرف فى شؤونهم ، فلزم أن يكون النائب أهلا للتصرف القانونى الذى يبرمه ، ولزم فى الوقت ذاته أن يكون من يدار شؤونهم غير أهل لهذا التصرف القانونى . أما نيابة الفضولى عن رب العمل ، فلم يقمها القانون لعجز رب العمل عن إدارة شؤونه عجزاً مستقراً ، بل أقامها لعجزه عن إدارة هذه الشؤون عجزاً عارضا . فإذا كان لا يستطيع مباشرة تصرف قانونى باسمه ، فأولى ألا يستطيع الفضولى مباشرة هذا التصرف باسم رب العمل . وفى هذه الحالة لا يكون أمام الفضولى إلا أن يباشر التصرف باسمه هو ، ويرجع بعد ذلك على رب العمل على النحو الذى سنبينه .

على أن فريقاً من الفقهاء يذهبون إلى جعل نيابة الفضولى القانونية عن رب العمل مماثلة لنيابة الولى والوصى والقيم عن الصغير والمحجور ، ويرتبون على ذلك أنه لا يشترط فى رب العمل أهلية التصرف الذى باشره الفضولى نيابة عنه قياسا على الصغير والمحجور (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٢٣ — أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٣٠ — فقرة ٦٣١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٠١) .

وإذا تعاقد الفضولى باسمه الشخصى أو باسم رب العمل فى شأن عاجل لرب العمل ، فإن هذا التعاقد فيما بين الفضولى ومن تعاقد معه إذا كان التعاقد باسم الفضولى ، أو بين رب العمل ومن تعاقد معه الفضولى إذا كان التعاقد باسم رب العمل ، يكون تصرفا قانونيا يخضع للقواعد المقررة فى الإثبات ، فلا تجوز البينة والقرائن إلا فيما لا يزيد على عشرة جنيهات[1]. ولكن هذا التعاقد نفسه فيما بين الفضولى ورب العمل يعتبر عملا ماديا ، فيجوز إثباته بجميع الطرق[2] .

§ ٢ – شأن عاجل لرب العمل

٥٤٤ – مجرد النفع لا يكفى : لا يكفى أن يكون العمل الذى يقوم به الفضولى مفيداً لرب العمل ، حتى يكون شأنا عاجلا من شؤونه . فلا يجوز مثلا أن يتقدم الفضولى لشراء صفقة من أرض أو بناء لحساب رب العمل لمجرد أنها صفقة رابحة ، أو أن يطالب بالأخذ بالشفعة لحساب رب العمل لمجرد أن الأخذ بالشفعة يعود على هذا بالنفع ، أو أن يقيم بناء على أرض فضاء مملوكة لرب العمل لمجرد أن إقامة البناء تمكنه من استغلال الأرض استغلالا مفيداً ، أو أن يقسم مالا شائعا لرب العمل لمجرد أن يجنبه مضار الشيوع . فى كل هذه الفروض نرى أن عمل الفضولى عمل نافع ، ولكنه ليس من الشؤون العاجلة لرب العمل[3]. فلا يجوز للفضولى أن يتدخل فيها . وإذا تدخل لم يكن

---

(١) وكذلك يجب أن يكون الفضولى ذا أهلية كاملة للتصرف الذى تولاه باسمه الشخصى ولا يكفى أن يكون من أهل التمييز ، لأن أثر العقد فى هذه الحالة ينصرف إليه هو كما سنرى .

(٢) وسنرى أن التصرف القانونى الذى عقده الفضولى مع الغير ، وإن كان يعتبر عملا ماديا فى العلاقة ما بين الفضولى ورب العمل ، يعتبر تصرفاً قانونيا فى العلاقة ما بين الفضولى والغير إن كان الفضولى عقده باسمه الشخصى ، وتصرفا قانونيا فى العلاقة ما بين رب العمل والغير إن كان الفضولى عقده باسم رب العمل (انظر ما يلى فقرة ٥٥٤) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمكن اعتبار الإقرار بالتخالص عن الغير عملا من أعمال الفضول ، إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره فى عمل الفضولى الذى يلزم به رب العمل ، وهو أن يكون هذا العمل ضروريا بالنسبة إلى رب العمل (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦١ ص ٤١٤) . وقضت أيضاً بأن المشرع اشترط فى المادة ٧٠٢ مدنى وجود وكالة خاصة للمرافعة أمام القضاء ولم يكتف بالوكالة العامة ، ومن ثم فلا يكفى القول بقيام فضالة فى التقاضى إذا لم تتوافر هذه الوكالة الخاصة (نقض مدنى ١٩ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة =

فضوليا . بل قد يكون تدخله خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية . لكن إذا رأى رب العمل أن يجيز تصرف الفضولي . فإن الإجازة تجعل التصرف ينفذ في حق المجيز وفقاً للقواعد العامة .

٥٤٥ — **بل يجب أن يكون العمل « ضروريا »** : وإنما يجب أن يكون العمل « ضروريا » . حتى يكون شأنا عاجلا . ومعنى « الضروري » هنا أن يكون العمل الذي قام به الفضولي من الشئون التي ما كان رب العمل ليتوانى في القيام بها . فقام به الفضولي ناظراً إلى مصلحة رب العمل . نرى ذلك متحققا فيما قدمناه من الفروض : قبول الهبة عن رب العمل . إيجار عين شائعة لرب العمل ما كانت تستغل بغير هذا الإيجار . بيع محصولات يسرع إليها التلف . دفع ضريبة توقيا لحجز إداري . قطع التقادم في حق مهدد بالسقوط . قيد رهن أو تجديد القيد . إطفاء حريق . جني محصول يخشى عليه من التلف ، تنقية الزراعة من دودة القطن . الإمساك بزمام حصان جامح . كل هذه أعمال — قانونية أو مادية — هي من الشؤون العاجلة لرب العمل ، وما كان هو ليتوانى في القيام بها .

ومتى قام الفضولي بالعمل الذي تولاه وبذل فيه العناية الواجبة ، وعاد ذلك بالنفع على رب العمل ، فإنه يستوى بعد هذا أن يبقى النفع أو يزول . فلو أن الفضولي أصلح منزلا لرب العمل كان يهدد بالسقوط ، ثم احترق هذا المنزل . لبقى للفضولي حق الرجوع على رب العمل بما أنفق من المصروفات .

المطلب الثاني

نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل

٥٤٦ — **القصد عند الفضولي هو الذي يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب** : يجب أن تنصرف نية الفضولي إلى أن يعمل لمصلحة رب العمل ،

= أحكام النقض رقم ١١٧ ص ٨٢٩ : ومعنى ذلك أن المرافعة أمام القضاء ليست من الشؤون العاجلة لرب العمل حتى تصح فيها الفضالة) .

وهذه النية هي التي تميز بين الفضالة والإثراء بلا سبب[١].

أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة نفسه ، فإنه لا يكون فضوليا حتى لو عاد تدخله على الغير بالنفع . ولا يرجع في هذه الحالة بدعوى الفضالة ، وإنما يرجع بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها . مثل ذلك أن يقوم المستأجر بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة حتى يستوفى منفعة العين لنفسه ، فهو بالنسبة إلى المالك لا يعتبر فضوليا لأنه يعمل لمصلحة نفسه ، ويرجع على المالك بدعوى الإثراء كما قدمنا .

٥٤٧ — جواز أن يعمل الفضولي لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل في وقت معاً : وليس من الضروري أن تتمحص نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل وحده ، بل يجوز ، كما تقول المادة ١٨٩ مدني ، « أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي ، في أثناء توليه شأناً لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر » . فالشريك المشتاع يؤجر العين الشائعة ، فيستغلها لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه في الشيوع ، فهو فضولي بالنسبة إلى شريكه لأنه عمل لمصلحة هذا الشريك[٢] . ولا يمنع من ذلك أنه عمل في الوقت ذاته لمصلحة نفسه ، بل لا يمنع من ذلك أنه عمل لمصلحة نفسه أولا وأنه ما كان ليعمل لمصلحة شريكه لولا مصلحته هو . فالمهم هو أن يكون قد عمل لمصلحة شريكه على وعي منه ، حتى لو كان مضطراً إلى ذلك لما بين مصلحته ومصلحة شريكه من ارتباط لا يمكن معه القيام بمصلحة نفسه دون القيام بمصلحة شريكه[٣].

---

(١) وتميز أيضاً بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير . فقد رأينا في الاشتراط لمصلحة الغير أن المشترط له مصلحة شخصية في الاشتراط . أما الفضولي فليست له مصلحة شخصية في الفضالة ولا يقصد إلا مصلحة رب العمل .

(٢) بل إن المادة ٨٢٨ / ٣ مدني تجعله وكيلا ، إذ تنص على ما يأتي : « وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلا عنهم » .

(٣) فيجب إذن أن يعمل الفضولي لمصلحة رب العمل ، ولا تكون هناك فضالة إذا لم توجد هذه النية ، حتى لو عاد العمل بنفع على الغير لارتباط شؤون هذا الغير بشؤون من تم العمل لمصلحته . فإذا عمل سمسار لمصلحة أحد المتبايعين حتى تمت الصفقة ، فإنه لا يعتبر فضوليا بالنسبة إلى المتبايع الآخر (استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٩) . وكذلك إذا عمل —

٥٤٨ – ويكون فضوليا من ظن أنه يعمل لمصلحة شخص فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر : ويكفي أن تنصرف نية المتدخل إلى العمل لمصلحة غيره فيكون فضوليا ، حتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة هذا الغير كوكيل عنه وهو ليس بوكيل ، وحتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة شخص معين فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر . فالمهم هو أن تنصرف نية الفضولي إلى العمل لمصلحة الغير ، لا لمصلحة شخص معين بالذات .

٥٤٩ – ولكن لا يكون فضوليا من ظن أنه يعمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره : وقد تنصرف نية المتدخل إلى العمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره . فلا يكون فضوليا في هذه الحالة لأن العبرة بالنية . فمتى انصرفت نيته إلى العمل لمصلحته الشخصية ارتفعت عنه صفة الفضولي . حتى لو كشف بعد ذلك أنه يعمل لمصلحة غيره أو لمصلحة نفسه ومصلحة غيره في وقت واحد . فلو أن منزلا كان في حيازة شخص واعتقد الحائز أنه يملك المنزل . فأجرى فيه إصلاحات ضرورية لمصلحته هو ، ثم تبين بعد ذلك أن المنزل ملك لغيره أو أنه شائع بينه وبين غيره ، فلا يعتبر فضوليا بالنسبة إلى هذا الغير . ولا يرجع عليه بدعوى الفضالة بل بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها .

المطلب الثالث

الفضولي يقوم بعمل غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منهى عنه

٥٥٠ – موقف كل من الفضولي ورب العمل من الشأن العاجل : يجب أن يكون موقف الفضولي من الشأن العاجل أنه لا يكون ملتزما به ، وموقف رب العمل أنه لم يأمر الفضولي أن يقوم به ولم ينهه عن ذلك[1] .

= محام لمصلحة موكله حتى كسب التفليسة ، فإنه لا يعتبر فضوليا بالنسبة إلى المتقاضين الآخرين الذين لم يوكلوه وكانت لهم مصلحة مشتركة مع موكله (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٨) .

(١) فإذا تطوع الكفيل لكفالة المدين ، دون أمر من المدين أو نهى ، فللكفيل إذا دفع =

٥٥١ – موقف الفضولي – لا يكون ملتزما بتولي شأن الغير: من يتولى الشأن العاجل لرب العمل يجب ، حتى يكون فضوليا ، ألا يكون ملتزما من قبل أن يقوم بهذا الشأن . لأنه إذا كان ملتزما به ، فهو ليس بفضولي يتطوع بالعمل لمصلحة الغير ، بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن .

فلا يكون فضوليا من يكون ملزما بتولي شأن الغير بموجب عقد كالمقاول يتعاقد على إقامة بناء ، أو بموجب أمر القاضي كالحارس القضائي يدير العين المتنازع عليها ، أو بموجب القانون كالولي والوصي والقيم .

٥٥٢ – موقف رب العمل – لم يأمر الفضولي بالعمل ولم ينهه عنه : في الكثرة الغالبة من الأحوال يكون رب العمل غير عالم بأن الفضولي قد تولى شأنا عاجلا من شؤونه ، لأنه يكون بعيداً عن هذا الشأن فلا يتمكن من أن يتولاه بنفسه فيتولاه الفضولي عنه .

ولكن قد يقع أن رب العمل يكون عالما بأن الغير يتولى شأنا من شؤونه العاجلة . فإذا كان هو الذي دعاه إلى ذلك ، كان الغير وكيلا لا فضوليا . وكالوكالة السابقة الإجازة اللاحقة ، فيجوز أن رب العمل لا يدعو الفضولي إلى تولي شؤونه ، ولكنه يجيز عمله بعد ذلك ، فيصبح الفضولي بهذه الإجازة وكيلا . وفي هذا تقول المادة ١٩٠ مدني كما رأينا : « وتسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي »[1] .

أما إذا كان رب العمل لم يدع الغير إلى تولي العمل الذي قام به ، بل على العكس من ذلك نهاه عن التدخل في شؤونه ، فلا يكون الغير فضوليا كذلك .

= الدين أن يرجع على المدين بدعوى الفضالة . أما إذا أمره المدين بكفالته ، فإنه يرجع بدعوى الوكالة . وإذا نهاه فكفل بالرغم من هذا النهي ، رجع بدعوى الإثراء .

(١) نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٢ ص ١٧٦ ! – وتصبح الفضالة وكالة منذ بدء الفضالة ، إذ للإجازة أثر رجعي . ويصح أن تصدر الإجازة من رب العمل ، سواء كان المتدخل في شؤونه فضوليا ، أو كان لم يستوف شروط الفضالة بأن كان يعمل لمصلحة نفسه مثلا ، ففي الحالتين تجعل الإجازة المتدخل وكيلا إذا كان العمل الذي قام به تصرفاً قانونيا . فللإجازة فائدة عملية تظهر فيما إذا كان هناك شك في أن تدخل الغير قد استوفى شروط الفضالة ، إذ أن إجازة رب العمل لتدخل الغير تقطع كل شك وتجعل التصرف المجاز ساريا في حق المجيز .

ويجب عليه الامتناع من التدخل ، وإلا ارتكب خطأ قد يستوجب مسئوليته التقصيرية إذا عاد تدخله بالضرر على رب العمل . وإذا عاد بالمنفعة ، فإنه لا يرجع بدعوى الفضالة ، بل بدعوى الإثراء بلا سبب(١).

بقي الفرض الرابع ، وهو أن يكون رب العمل لم يدع الغير إلى التدخل في شؤونه ولم ينهه عن ذلك . وهذا هو مجال الفضالة ، إذ يعتبر المتدخل فضوليا في هذا الفرض .

ونرى من ذلك أن الفضالة لا تقوم إلا في فرضين من الفروض الأربعة المتقدمة : (١) إذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الفضولي . (٢) أو كان يعلم بهذا التدخل ولكنه يقف منه موقفاً سلبيا ، لا يأمر به ولا ينهى عنه .

المبحث الثانى

أحكام الفضالة

٥٥٣ — التزامات الفضولى والتزامات رب العمل : الفضالة ، إذا توافرت أركانها على النحو الذى بيناه ، ترتب التزامات فى جانب الفضولى ، وأخرى فى جانب رب العمل .

المطلب الأول

التزامات الفضولى

٥٥٤ — ماهى هذه الالتزامات وما هو مصدرها : يلتزم الفضولى بما يأتى : (١) أن يمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من

---

(١) ومع ذلك لا يعتد بنهى رب العمل ، وتتحقق الفضالة بالرغم من هذا النهى ، إذا كان من تدخل فى شؤون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة تقتضيها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل أو قضت بأدائه مصلحة عامة ، كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت ، فإذا أدى شخص عن الغير نفقة كان هذا الغير ملتزما بها ، كان له أن يرجع على الغير بدعوى الفضالة حتى لو كان الغير قد نهاه أن يؤدى النفقة عنه . وإذا جهز شخص ميتا ، رجع بدعوى الفضالة على تركته أو على الملتزم بتجهيزه ، حتى لو كانت الورثة قد نهته عن ذلك . انظر فى هذا المعنى م ١٦٠ لبنانى .

مباشرته بنفسه . (٢) أن يخطر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك . (٣) أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي . (٤) أن يقدم حسابا لرب العمل عما قام به وأن يرد إليه ما استولى عليه بسبب الفضالة .

ومصدر هذه الالتزامات جميعا عمل مادي إرادي يقوم به الفضولي ، فيرتب عليه القانون مباشرة هذه الالتزامات[1] . وهذا ظاهر إذا كان العمل الذي يقوم به الفضولي هو عمل مادي في ذاته . وهو صحيح أيضاً حتى إذا كان العمل الذي يقوم به الفضولي هو تصرف قانوني . سواء عقده باسمه الشخصي أو عقده باسم رب العمل نيابة عنه . ففي الحالتين يعتبر قيام الفضولي بإبرام هذا التصرف القانوني عملا ماديا في العلاقة ما بين الفضولي ورب العمل ، وإن كان العمل يعتبر تصرفا قانونيا في العلاقة ما بين الفضولي والغير إن كان الفضولي عقده باسمه الشخصي ، وفي العلاقة ما بين رب العمل والغير إن كان الفضولي عقده باسم رب العمل .

ونستعرض : (أولا) التزامات الفضولي الأربعة . (ثانيا) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام تتعلق بأهلية الفضولي ، وبالأثر الذي يترتب على موت الفضولي أو موت رب العمل ، وبتقادم هذه الالتزامات .

§ ١ – التزامات الفضولي الأربعة

٥٥٥ – (١) مضي الفضولي في العمل الذي بدأ به إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه : جاء في المادة ١٩١ مدني : « يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته

---

(١) ولا يجوز القول إن القانون مصدر غير مباشر لالتزامات الفضولي وإن المصدر المباشر لهذه الالتزامات هو هذا العمل المادي الإرادي الصادر من الفضولي ، فإن القانون لم يصل بعد إلى أن يجعل من العمل المادي الإرادي مصدراً عاما للالتزام ، كما فعل في العقد غير المشروع وفي الإثراء بلا سبب . والصحيح أن القانون رتب على واقعة قانونية معينة ، هي العمل المادي الصادر من الفضولي بشروطه المعروفة ، التزامات معينة ، كما رتب التزامات معينة على وقائع قانونية أخرى كواقعة الجوار وواقعة القرابة . فكل هذه الوقائع يرتب عليها القانون التزامات ينص عليها ، ويعتبر القانون مصدراً مباشراً لهذه الالتزامات . وسنفصل ذلك عند الكلام في الالتزامات التي تنشأ من القانون . انظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٨٦ – وانظر عكس ذلك أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦١٦) .

بنفسه »(١) وقد أراد المشرع بهذا الالتزام أن يمنع التدخل فى شؤون الغير عن خفة واستهتار ، فمن تدخل فى شأن لغيره دون أن يدعى لذلك وجب عليه ألا يتخلى عن العمل ، بل يلتزم بالمضى فيما بدأ رعاية لمصلحة رب العمل ، وهى المصلحة التى قصد الفضولى أن يرعاها. ولكن لايلتزم الفضولى بإتمام العمل ، إلا إذا لم يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . فإذا تمكن من ذلك — وسنرى أن الفضولى يجب عليه إخطاره بتدخله متى استطاع — سقط عن عن الفضولى التزامه بإتمام العمل، بل التزامه بالمضى فيه . وأصبح من واجب رب العمل ، ومن حقه فى الوقت ذاته ، أن يباشر شؤونه بنفسه ، وأن يتخلى له الفضولى عن ذلك .

وإذا كان العمل الذى تولاه الفضولى عملا ماديا ، كتنقية زراعة من دودة القطن أو إطفاء حريق ، وجب على الفضولى المضى فى تنقية الزراعة أو فى إطفاء الحريق حتى يأتى رب العمل ويباشر العمل بنفسه . أما إذا كان العمل الذى تولاه تصرفا قانونيا — سواء عقده باسمه الشخصى أو باسم رب العمل — فواجبه هنا أيضاً أن يمضى فى عمله ، فيتم إبرام التصرف القانونى ، ويقوم بالإجراءات التى يوجبها القانون لتسجيل التصرف أو قيده ، ثم يباشر تنفيذ التصرف إذا اقتضى الأمر ذلك . كل هذا حتى يتمكن رب العمل من مباشرة التصرف الذى عقده الفضولى نيابة عنه ، فيمضى فى الإجراءات أو فى التنفيذ بنفسه . أما التصرف الذى عقده الفضولى باسمه الشخصى ، فيستمر هذا فيه حتى يتم تنفيذه لأنه هو المسئول عنه شخصيا ، وليس لرب العمل إلا تعويضه عن التزاماته وإلا محاسبته عنه كما سيأتى .

٥٥٦ — (٢) إخطار الفضولى رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك : ولا يكفى أن يمضى الفضولى فى العمل الذى بدأ به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، بل يجب إلى ذلك أن يبادر إلى إخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يتمكن من ذلك ، فيستطيع رب العمل بعد هذا الإخطار

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٢ (مطابق) — الليبى م ١٩٤ (مطابق) — العراقى لا مقابل (وتطبق قواعد الإثراء بلاسبب لأن التقنين العراقى لا يعرف الفضالة) — اللبنانى م ١٥٧ (موافق) .

أن يستعمل حقه من مباشرة العمل بنفسه . وهذا الالتزام هو ما ينص عليه الشطر الثانى من المادة ١٩١ مدنى إذ تقول : « كما يجب عليه (على الفضولى) أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك[1] » .

٥٥٧ – (٣) بذل عناية الشخص العادى فى القيام بالعمل : تنص المادة ١٩٢ مدنى على ما يأتى : « ١ – يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى ، ويكون مسئولا عن خطأه . ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك . ٢ – وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه ، كان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب – ٣ وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد ، كانوا متضامنين فى المسئولية »[2] .

ويتبين من هذا النص أن الفضولى لا يلتزم بتحقيق الغاية المرجوة ، بل يلتزم ببذل عناية الشخص العادى للوصول إلى هذه الغاية . فالتزامه ليس التزاما بتحقيق غاية ، بل هو التزام ببذل عناية . ومعيار خطأ الفضولى هو المعيار المعتاد ، فيجب ألا ينحرف فى القيام بعمله عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وأى انحراف عن هذا السلوك يكون خطأ يوجب مسئوليته . وليس هذا الخطأ عقديا لأن التزام الفضولى ليس مصدره العقد ، ولا هو بالخطأ التقصيرى لأن مسئوليته ليست مسئولية تقصيرية ، وإنما هو خطأ فى الفضالة . وخصوصية هذا الخطأ أن المسئولية عنه قد لا تكون كاملة ، إذ يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب عليه إذا كانت الظروف تبرر ذلك ، وكثيراً ما تبرر الظروف التخفيف من مسئولية الفضولى إذ هو متفضل تدخل لرعاية مصلحة رب العمل . على أن الفضولى قد يرتكب خطأ تقصيريا خارجا عن

---

(١) انظر فى النصوص المقابلة فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ما سبق بيانه آنفا (فقرة ٥٥٥ فى الهامش) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٣ (مطابق) – الليبى ١٩٥ (مطابق) – العراق لا مقابل (ولا يعرف التقنين العراقى الفضالة فتطبق قواعد الإثراء بلا سبب) – اللبنانى م ١٥٦ وم ١٥٩ (مقارب) .

أعمال الفضالة . فيكون مسئولا عن هذا الخطأ وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية. مثل ذلك أن يعمد الفضولي إلى إطفاء حريق شبت في منزل جاره ، ثم هو بعد إطفاء الحريق والفراغ من أعمال الفضالة يهمل إقفال باب المنزل فتتسلل اللصوص ويسرقون أمتعة الجار ، فتكون مسئولية الفضولي نحو رب العمل عن هذا الخطأ مسئولية تقصيرية .

وقد يعهد الفضولي إلى شخص آخر بأن يقوم نيابة عنه بأعمال الفضالة كلها أو بعضها ، سواء تولى الفضولي العمل ابتداء ثم مضى نائبه فيه أو تولى النائب العمل من بدايته . ونائب الفضولي يكون بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل تصرفا قانونيا ، وبمثابة المقاول من الباطن إذا كان عملا ماديا . ويكون نائب الفضولي مسئولا قبل الفضولي ، ويجوز لرب العمل أن يستعمل حق الفضولي في الرجوع على النائب عن طريق الدعوى غير المباشرة . ولكن يجوز أيضاً لرب العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الفضولي بموجب نص المادة ١٩٢ مدني المتقدمة الذكر . فرب العمل يستطيع إذن أن يرجع مباشرة على نائب الفضولي ، وكذلك على الفضولي نفسه لا عن خطأه فحسب بل أيضاً عن خطأ نائبه باعتباره تابعا له[1] .

وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد ، فالنص (م ١٩٢ مدني) يقرر مسئوليتهم بالتضامن نحو رب العمل . أما إذا تولى كل فضولي عملا مستقلا عن عمل الآخر ، فإنه لا يكون هناك تضامن بينهم .

٥٥٨ — (٤) تقديم الفضولي حسابا لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة : تنص المادة ١٩٣ مدني على ما يأتي : « يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به »[2] . وتنص المادة ٧٠٦ مدني بالنسبة إلى التزام الوكيل بتقديم

(١) ولكن رب العمل لا يكون مسئولا مباشرة قبل نائب الفضولي ، لأنه لا يوجد نص في هذا المعنى كما وجد النص في حالة نائب الوكيل وفي حالة المقاول من الباطن .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٩٤ (مطابق) — الليبي م ١٩٦ (مطابق) — العراقي لا مقابل (ولا يعرف التقنين العراقي الفضالة فتطبق قواعد الإثراء بلا سبب) — اللبناني م ١٥٨ (موافق) .

الحساب على ما يأتى : « ١ – ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لنفسه . ٢ – وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر» .

فإذا قام الفضولى بتصرف قانونى عقده نيابة عن رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ مباشرة فى حق رب العمل . ويكون الفضولى بمثابة وكيل ، فإذا استولى حقاً قبضه كوكيل عن رب العمل . ولا يجوز له أن يستعمل المال لصالح نفسه . وإن فعل فعليه فوائده بالسعر القانونى (٤٪ فى المسائل المدنية و٥٪ فى المسائل التجارية) من وقت استخدامه . أما إذا لم يستعمل المال لصالح نفسه ، فإن فوائده بالسعر القانونى تجب عليه من وقت إعذاره برد المال .

وإذا قام الفضولى بتصرف قانونى عقده باسمه الشخصى لحساب رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ فى حقه هو لا فى حق رب العمل . فإذا باع محصولات يسرع إليها التلف وقبض الثمن ، فلا يجوز له أن يستعمله لصالح نفسه وإلا وجبت عليه الفوائد بالسعر القانونى من وقت استعماله ، وإذا لم يستعمله لصالح نفسه وجبت عليه الفوائد القانونية من وقت الإعذار .

وإذا قام الفضولى بعمل مادى ، كما إذا جنى محصولا لرب العمل ، فعليه أن يسلمه إياه بمجرد التمكن من ذلك . ولا يجوز له أن يستولى عليه لصالح نفسه ، وإلا ألزم بالتعويض .

§ ٢ – ما تشترك فيه التزامات الفضولى من أحكام

٥٥٩ – **أهلية الفضولى** : يجب التمييز بين أهلية الفضولى بالنسبة إلى ما عسى أن يتولاه من تصرف قانونى وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعا أعمالا مادية كما سبق القول .

فإذا كان العمل الذى يتولاه الفضولى تصرفا قانونيا ، فإن عقده باسم رب العمل ، كانت أهلية الفضولى هى أهلية الوكيل فيكفى فيه التمييز ولا تشترط الأهلية الكاملة للتصرف الذى تولاه ، وإنما تشترط هذه الأهلية الكاملة فى رب العمل الذى ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف . وإن عقد الفضولى

التصرف باسمه الشخصى ، فلابد أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة لهذا التصرف لأنه هو الذى يلتزم به ، ولايشترط فى رب العمل أية أهلية بالنسبة إلى هذا التصرف إذ يعتبر من الغير فيه :

أما إذا نظرنا إلى أعمال الفضالة باعتبارها أعمالا مادية بالنسبة إلى رب العمل ، فإن أهلية الفضولى للقيام بهذه الأعمال تقتضى دائما أن يكون من أهل التمييز ، إذ يشترط فيه كما قدمنا القصد فى أن يعمل لمصلحة رب العمل . ثم هى بعد ذلك تختلف باختلاف ما يلتزم به . وقد علمنا أن التزامات الفضولى أربعة ، اثنان منها — المضى فى العمل وإخطار رب العمل — لايقتضيان أكثر من أهلية التمييز ، فيجب على الفضولى ولو لم يكن بالغاً سن الرشد ، مادام مميزاً ، أن يمضى فى العمل الذى بدأ فيه وأن يخطر به رب العمل متى استطاع ذلك . والالتزامان الآخران — بذل العناية الواجبة فى إدارة العمل وتقديم الحساب — هما التزامان يتعلقان بحسن إدارة مال الغير ، ويشترط فيمن يطلب منه حسن إدارة مال الغير أن يكون كامل الأهلية . أما إذا لم تكن الأهلية الكاملة متوافرة فيه ، فلايكون الرجوع عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، وهذا ما لم يرتكب خطأ تقصيريا فتكون مسئوليته التقصيرية كاملة . وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ مدنى إذ تقول : « إذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد ، فلا يكون مسئولا عن إدارته إلا بالقدر الذى أثرى به . ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع [١] »

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م١٩٧/١ (مطابق) — الليبى م ١٩٩/١ (مطابق) — العراقى لا مقابل (ولا يعرف التقنين العراقى الفضالة فتطبق قواعد الإثراء بلا سبب) — اللبنانى م ١٥٢ (موافق) .

ويستخلص من ذلك أن الفضولى إذا كان كامل الأهلية ، كانت مسئوليته كاملة عن الالتزام ببذل العناية الواجبة فى القيام بأعمال الفضالة وعن الالتزام بتقديم حساب عن إدارته . أما إذا كان ناقص الأهلية ، فلا يكون مسئولا إلا بالقدر الذى أثرى به . فإذا ارتكب خطأ فى الفضالة ، أو قصر فى تقديم الحساب لرب العمل ، أو لم يسلمه ما استولى عليه بسبب الفضالة ، لم يكن الفضولى ناقص الأهلية مسئولا إلا فى حدود الإثراء بلا سبب ، ولا يلتزم إلا بأقل القيمتين : ما انتفع به فعلا وما أصاب رب العمل من ضرر . كل هذا ما لم يرتكب الفضولى خطأ تقصيريا خارجا عن أعمال الفضالة ، فتكون مسئوليته عن هذا الخطأ مسئولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية .

ويستخلص مما قدمناه عن الأهلية فى دعوى الإثراء بلا سبب وفى دعوى غير المستحق وفى دعوى

٥٦٠ – أثر موت الفضولى أو موت رب العمل فى التزامات الفضولى : تنص المادة ١٩٤ مدنى على ما يأتى : « ١ – إذا مات الفضولى ، التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٢/٧١٧ . ٢ – وإذا مات رب العمل ، بقى الفضولى ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم »[1] . وتنص المادة ٢/٧١٧ مدنى على ما يأتى : « فى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل » .

ويستخلص من هذه النصوص أنه إذا مات الفضولى انقضت الفضالة بموته ، كما تنقضى الوكالة بموت الوكيل . وبذلك تنقضى التزامات كل من الفضولى والوكيل . أما ورثة الفضولى فيلتزمون التزاما شخصيا مباشراً بما تلتزم به ورثة الوكيل . ومن ثم يلتزمون ، إذا كانوا كاملى الأهلية وعلى علم بالفضالة ، بأن يخطروا رب العمل بموت مورثهم ، وبأن يحافظوا على ما تم من عمل بأن يصلوا به إلى حالة لا يتعرض معها للتلف إلى أن يتمكن رب العمل من أن يباشر العمل بنفسه .

أما إذا مات رب العمل ، فهنا تختلف الفضالة عن الوكالة . إذ الوكالة تنقضى بموت الموكل ، ومتى انقضت وجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف . بخلاف الفضالة ، فإنها لا تنقضى بموت رب العمل ، بل يبقى الفضولى قائما بالتزاماته نحو الورثة كما كان قائما بها نحو رب العمل . ولا يكفى أن يصل الفضولى بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف كما تفعل ورثة الوكيل ، بل يجب عليه أن يستمر فى العمل لصالح ورثة رب العمل الذين حلوا محل مورثهم . ويرجع السبب فى ذلك

= الفضالة ، أن المثرى لا تشترط فيه أية أهلية فهو يلتزم بالإثراء حتى لو كان ناقص الأهلية ، بل حتى لو كان عديم التمييز . أما المدفوع له فى دعوى غير المستحق أو الفضولى فى دعوى الفضالة ، فيشترط فيه كمال الأهلية ، وإلا لم يكن مسئولا إلا فى حدود الإثراء بلا سبب .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٥ (مطابق) – الليبى م ١٩٧ (مطابق) – العراقى لا مقابل (ولا يعرف التقنين العراقى الفضالة فتطبق قواعد الإثراء بلا سبب) – اللبنانى م ١٥٢ (موافق) .

إلى أن موقف الفضولى من ورثة رب العمل هو عين موقفه من رب العمل نفسه ، فهو فضولى بالنسبة إليهم كما كان فضوليا بالنسبة إلى مورثهم . فلا معنى إذن لانقضاء الفضالة بموت رب العمل . أما فى الوكالة فإن العلاقة بين الوكيل والموكل علاقة شخصية قامت على اتفاق بينهما . فإذا مات الموكل لم يجبر الوكيل على البقاء فى علاقة شخصية مع ورثة لم يتفق معهم على هذه العلاقة . وإذا كان كل من الفضالة والوكالة ينقضى بموت الفضولى أو الوكيل . فذلك لأن الفضولى أو الوكيل هو الذى يقوم بعمل ذى صفة شخصية . فلا محل فى هذه الحالة لإلزام الورثة بما التزم به مورثهم .

٥٦١ – تقادم التزامات الفضولى : تنص المادة ١٩٧ مدنى على ما يأتى : « تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق »(١). ويستخلص من هذا النص أن الفضولى إذا أخل بأى التزام من التزاماته . وأراد رب العمل أن يقاضيه ليلزمه بالتنفيذ العينى أو بالتعويض . فإن دعوى الفضالة هذه تسقط بأقصر المدتين : ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه رب العمل بحقه ، أو خمس عشرة سنة من وقت قيام الفضولى بأعمال الفضالة . ومدة التقادم هذه هى عينها مدة التقادم فى دعوى الإثراء بلا سبب وفى دعوى غير المستحق . ونشير هنا إلى ما قدمناه هناك من أن التقادم بثلاث سنوات يتم غالبا قبل التقادم بخمس عشرة سنة ، ولكن قد يقع أن رب العمل لا يعلم بحقه إلا بعد مدة طويلة إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة . فإن الدعوى تتقادم فى هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم رب العمل بهذا الالتزام .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٨ (مطابق) – الليبى م ٢٠٠ (مطابق) – العراقى لا مقابل (ولا يعرف التقنين العراقى الفضالة فتطبق قواعد الإثراء بلا سبب) – اللبنانى لا مقابل .

المطلب الثانى

التزامات رب العمل

٥٦٢ — ما هى هذه الالتزامات وما هو مصدرها : تنص المادة ١٩٥ مدنى على ما يأتى : « يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله ، إلا أن يكون من أعمال مهنته »[(١)] . ويتبين من هذا النص أن رب العمل تترتب فى ذمته التزامات أربعة : (١) أن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى نيابة عنه . (٢) أن يعوض الفضولى عن التعهدات التى عقدها هذا باسمه شخصيا . (٣) أن يرد إلى الفضولى النفقات الضرورية والنفقات النافعة التى سوغتها الظروف مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يدفع له أجراً على عمله إذا كان العمل الذى قام به الفضولى يدخل فى أعمال مهنته . (٤) أن يعوض الفضولى عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل .

بقى أن نبين مصدر هذه الالتزامات الأربعة . فأول التزام منها ، وهو الالتزام بتنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عن رب العمل ، مصدره النيابة القانونية ، وهى نيابة أنشأها القانون بصريح النص فى صدر المادة ١٩٥ مدنى إذ يقول : « يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة » . والالتزامات الثلاثة الأخيرة — تعويض الفضولى عن التعهدات التى عقدها باسمه ورد النفقات والأجر وتعويضه عن الضرر — مصدرها الإثراء بلا سبب[(٢)] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٦ (مطابق) — الليبى م ١٩٨ (مطابق) — العراقى لا مقابل (ولا يعرف التقنين العراقى الفضالة فتطبق قواعد الإثراء بلا سبب) — اللبنانى م ١٦١ — ١٦٤ (مقارب) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى توافرت شروط الفضالة ، كان للفضولى بحكم القانون =

ومن هنا تتصل الفضالة بقاعدة الإثراء . ذلك أن الفضولى بما أداه من مصلحة لرب العمل قد تحمل تكاليف وتكبد نفقات وتجشم ضرراً . فله أن يسترد هذه التكاليف وأن يسترجع هذه النفقات وأن يعوض عن هذا الضرر . وهو يسترد ما غرمه كاملا ، لا فى حدود إثراء رب العمل فحسب . وفى هذا يتميز الفضولى عن المفتقر لمصلحة الغير . لأن الفضولى متفضل انصرفت نيته إلى تحقيق مصلحة لرب العمل كما قدمنا .

ونستعرض : (أولا) التزامات رب العمل الأربعة (ثانيا) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام تتعلق بأهلية رب العمل . وبالأثر الذى يترتب على موت رب العمل أوموت الفضولى . وبتقادم هذه الالتزامات .

§ ١ – التزامات رب العمل الأربعة

٥٦٣ – (١) تنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى نيابة عنه : إذا عقد الفضولى تصرفا قانونيا باسم رب العمل . فإنه يعتبر نائبا عنه فى هذا التصرف ، والنيابة قانونية تقررت بنص القانون كما رأينا . بخلاف نيابة الوكيل فهى نيابة اتفاقية تقررت بعقد الوكالة .

وينبنى على ذلك أن العقود التى يبرمها الفضولى بالنيابة عن رب العمل ينصرف أثرها مباشرة إلى رب العمل ، فى الحقوق التى أنشأتها وفى الالتزامات التى رتبتها ، فيعتبر رب العمل هو الدائن فى هذه العقود أو المدين. وباعتباره مدينا يلتزم كما قلنا بتنفيذ الالتزامات التى رتبتها هذه العقود ، ومن ثم نرى أن هذا الالتزام الأول إنما هو النتيجة المباشرة لفكرة النيابة التى تقوم عليها الفضالة .

٥٦٤ – (٢) تعويض الفضولى عن التعهدات التى عقدها هذا باسمه شخصيا : وإذا تعاقد الفضولى باسمه شخصيا لحساب رب العمل . كأن

= أن يطالب رب العمل بالمصروفات التى صرفها والخسارات التى خسرها ، والتزام رب العمل فى هذه الحالة مصدره قاعدة عدم جواز الإثراء على حساب الغير إذ هو قد أفاد من عمل الفضولى ، ولا يتوقف الالتزام على إرادة رب العمل (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٩ ص ٤٧٦) .

يتفق مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل . فالفضولي هو الذي يؤدى الأجر للمقاول لأنه التزم به شخصيا . ثم يرجع به على رب العمل مضافا إليه الفوائد بالسعر القانوني من يوم أن أدى . كذلك الكفيل . إذا كان فضوليا بالنسبة إلى المدين الأصلي بأن كفله متطوعا لا مأمورا بالكفالة ولا منهيا عنها ، يؤدى الدين للدائن . ويرجع به على المدين الأصلي مضافا إليه الفوائد القانونية .

٥٦٥ — (٣) رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر : يلتزم رب العمل بأن يرد للفضولي النفقات الضرورية والنفقات النافعة التي سوغتها الظروف ، مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها . فإذا قام الفضولي بترميم منزل لرب العمل ، فإنه ينفق في ترميمه مصروفات ضرورية . وإذا ما جنى له محصولا يسرع إليه التلف ، فإنه يدفع أجر الأيدي العاملة لجني المحصول ، وقد يرى الخير أن يخزن المحصول تمهيداً لبيعه فيدفع مصروفات التخزين . وهذه مصروفات نافعة تسوغها الظروف . فيرجع الفضولي بهذه المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة على رب العمل ، مضافا إليها الفوائد القانونية من وقت الإنفاق . ويلاحظ أن المصروفات النافعة يجب أن تكون مصروفات تسوغها الظروف . فيجب إذن ألا تكون فاحشة . ومن ثم لايجوز للفضولي أن يفرط في هذه المصروفات حتى لوكان النفع منها محققاً .

ويدخل ضمن النفقات أجر الفضولي ، إذا كان العمل الذي قام به يدخل في أعمال مهنته . فالمحامي والطبيب والمهندس إذا قام أحد منهم بعمل من أعمال مهنته فضالة لمصلحة الغير ، استحق أجراً على عمله فوق المصروفات التي أنفقها . هو الأجر المعتاد لمثله . أما إذا كان الفضولي قد قام بعمل لايدخل في أعمال مهنته . كطبيب رمم منزل جار له . فإنه لا يأخذ أجراً على عمله .

٥٦٦ — (٤) تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه : قد يلحق الفضولي ضرر في أثناء قيامه بالعمل : يطفئ حريقاً فيتلف أمتعة مملوكة له . ينقذ شخصا موشكا على الغرق فيصاب بضرر وهو ينقذه ، يمسك بزمام فرس جامح فيصاب بجروح بليغة . فإذا كان الضرر الذي أصابه لم يكن يستطيع أن يتوقاه ببذل المألوف من العناية . وكان وقوعه عليه بغير خطأ

منه ، فإنه يدخل ضمن التكاليف التي تجشمها في أثناء القيام بعمله . ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنها .

ويلاحظ أنه إذا تعدد رب العمل ، بأن قام فضولي مثلا بعمل لمصلحة شركاء على الشيوع ، فلا تضامن بين أرباب العمل المتعددين في التزاماتهم نحو الفضولي ، إذ لا تضامن دون نص . وقد ورد النص في تعدد الفضولي (م١٩٢/ ٣ مدني) وفي تعدد الوكيل (م٧٠٧ مدني) ، وفي تعدد الموكل (م٧١٢ مدني) ، ولم يرد في تعدد رب العمل . والعلة في ذلك أن أرباب العمل إذا تعددوا ، قل أن توجد بينهم علاقة تسوغ قيام التضامن .

§ ٢ – ما تشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام

٥٦٧ – أهلية رب العمل : لا تشترط أية أهلية في رب العمل . فمن لم يبلغ سن الرشد والمحجور عليه بل وغير المميز ، إذا قام فضولي بعمل لمصلحتهم ، التزموا نحوه بالالتزامات التي تقدم ذكرها . ذلك أن التزامات رب العمل مصدرها الإثراء بلا سبب كما قدمنا . وقد رأينا أن المثري يلتزم بالرد حتى لو كان غير مميز . وتردد الفقرة الثانية من المادة ١٩٦ مدني هذا المعنى إذ تقول : « أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد »(١) .

ويلاحظ أن الفضولي إذا عقد تصرفا قانونيا باسم رب العمل نيابة عنه ، فإن الأهلية الواجبة لهذا التصرف يجب أن تتوافر في رب العمل حتى يتصرف إليه مباشرة أثر التصرف كما سبق القول .

٥٦٨ – أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في التزامات رب العمل : إذا مات رب العمل ، فإن التزاماته تبقى في تركته واجبة للفضولي ، وعلى ورثة رب العمل أن يؤدوا هذه الالتزامات من التركة .

وإذا مات الفضولي ، بقي رب العمل ملتزما نحو ورثته ، فيرد إليهم المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة وأجر مورثهم إذا استحق أجراً

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٩٧/٢ (مطابق) – الليبي م ١٩٩/٢ (مطابق) – العراقي لا مقابل (ولا يعرف التقنين العراقي الفضالة فتطبق قواعد الإثراء بلا سبب) – اللبناني م ١٦١/٢ (موافق) .

ويعوضهم عن الالتزامات الشخصية التي عقدها مورثهم باسمه وعما لحق به من الضرر . وكل هذه الحقوق تدخل في تركة الفضولي ، وتنتقل إلى ورثته بعد موته .

٥٦٩ — تقادم التزامات رب العمل : الدعوى التي يرفعها الفضولي لمطالبة رب العمل بحقوقه تتقادم بأقصر المدتين : ثلاث سنوات من وقت علمه بقيام حقه . أو خمس عشرة سنة من وقت قيام هذا الحق . وقد تتقادم الدعوى بخمس عشرة سنة قبل تقادمها بثلاث سنوات . إذا لم يعلم الفضولي بقيام حقه إلا بعد نشوء هذا الحق بأكثر من اثنتي عشرة سنة[1] . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في مواطن متعددة[2].

---

(١) وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يعلم الفضولي بقيام حقه وقت نشوء هذا الحق ، إذ المفروض أن الفضولي يقوم بعمل يقصد به مصلحة رب العمل . فالقيام بالعمل يكون مقترنا بهذا القصد مما يجعل الفضولي عالما بقيام حقه من وقت قيامه بالعمل . ومن ثم تتقادم دعواه بانقضاء ثلاث سنوات من وقت قيامه بالعمل ، إذ أن هذه المدة هي أقصر المدتين . ومع ذلك يقع نادراً ، إذا لحق الفضولي ضرر بسبب قيامه بالعمل ، ألا يعلم به عند وقوعه ، وقد يتراخى علمه به إلى أكثر من اثنتي عشرة سنة ، وعند ذلك تتقادم دعواه بتعويض الضرر بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر قبل أن تتقادم بثلاث سنوات من وقت العلم بوقوعه .

(٢) ونعقد هنا موازنة موجزة بين الفضالة والوكالة لتقارب أحكامهما : تقترب الفضالة من الوكالة في أن كلا منهما مصدر للنيابة ، وفي أن الفضالة تنقلب إلى وكالة إذا أجيزت والوكالة تنتهي إلى فضالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو بقي يعمل بعد انتهاء الوكالة . ويختلفان في أن مصدر الفضالة عمل مادي ومصدر الوكالة اتفاق ، ومن ثم فالفضالة مصدر لنيابة قانونية أما الوكالة فمصدر لنيابة اتفاقية . ويختلفان كذلك في أن عمل الفضولي قد يكون تصرفاً قانونيا وقد يكون عملا ماديا ، أما عمل الوكيل فلا يكون إلا تصرفاً قانونياً . هذا من حيث الأركان ، أما من حيث الالتزامات التي تنشأ من الفضالة والوكالة فتقوم الفروق بينهما على اعتبار جوهري ، هو أن رب العمل لم يختر الفضولي أما الموكل فقد اختار وكيله ، لذلك كانت التزامات الفضولي أشد قليلا من التزامات الوكيل ، وكانت التزامات رب العمل أخف قليلا من التزامات الموكل .

الباب الرابع

القانون

(La loi)

تمهيد

٥٧٠ – كيف يكون القانون مصدرا مباشراً للالتزام : الأصل أن كل التزام مصدره القانون . فالالتزامات المترتبة على العقد وعلى العمل غير المشروع وعلى الإثراء بلا سبب كل هذه التزامات مصدرها القانون ، لأن القانون هو الذي جعلها تنشأ من مصادرها وحدد أركانها وبيّن أحكامها . ولكن هذه الالتزامات لها مصادر مباشرة . فقد اختار القانون تصرفا هو العقد وعملين ماديين هما العمل غير المشروع والإثراء بلاسبب ، وجعل هذه الأعمال الثلاثة مصادر عامة للالتزام . فمتى قام عمل منها نشأ الالتزام ، دون تمييز بين حالة وأخرى . فالعقد مصدر عام للالتزام . سواء كان العقد بيعا أو هبة أو قرضا أو عارية أو وكالة أو غير ذلك من العقود المسماة والعقود غير المسماة ، ولم يخص القانون حالة دون أخرى في جعله العقد مصدرا للالتزام . والعمل غير المشروع مصدر عام للالتزام . يستوى فى ذلك أن يكون هذا العمل حادثاً من حوادث النقل أو حادثا من حوادث العمل أو خطأ فى أعمال المهنة أو عملا يخل بالشرف والاعتبار أو منافسة غير مشروعة أو تعسفا فى استعمال الحق أو غير ذلك من الأعمال غير المشروعة . ولم يجعل القانون العمل غير المشروع مصدراً للالتزام فى أحوال دون أخرى ، بل جعله مصدراً عاما يتناول جميع الأحوال[1] . والإثراء بلا سبب مصدر عام للالتزام ، لافرق فى ذلك

---

(١) قارن محكمة النقض وقد قضت بأن مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون لا تنسب إلى العمل غير المشروع ، وإنما تنسب إلى المصدر الخامس من مصادر الالتزام =

إثراء إيجابي وإثراء سلبي ولا بين قيمة مادية وقيمة معنوية ولا بين القاعدة العامة وتطبيقاتها الخاصة من دفع غير المستحق وعمل الفضولي ، ولم يقصر القانون الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام على حالة من هذه الحالات دون حالة أخرى ، بل عممه عليها جميعا وجعله فيها كلها مصدراً للالتزام .

وإلى جانب هذه المصادر المباشرة ، اختار القانون حالات خاصة ، ورتب في كل حالة منها التزاما يستند فيه إلى تصرف قانوني أو إلى عمل مادي . ولكن يستند إليه لا كمصدر عام ينشئ الالتزام في هذه الحالة وفي غيرها من الحالات — كما فعل في المصادر المباشرة — بل ينشئ الالتزام في هذه الحالة وحدها دون غيرها . وهنا إذا قيل إن التصرف القانوني أو العمل المادي هو مصدر الالتزام في هذه الحالة الخاصة كان هناك شيء من التجوز ، فالواقع أن القانون ذاته هو المصدر المباشر لهذا الالتزام ، إذ أنشأه لا عن طريق نص عام بل بنص خاص عين هذه الحالة بالذات [1] .

= وهو القانون ، باعتبار أن هذه القرارات تصرفات قانونية وليست أعمالا مادية ، ومن ثم فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادي (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧٤ ص ٥٢٠) . ويلاحظ أن القرار الإداري المخالف للقانون هو تصرف باطل ، والتصرف الباطل لا وجود له كتصرف بل هو عمل مادي (انظر آنفاً فقرة ٢٠٥) . فتكون مسئولية الإدارة عن قرار إداري باطل هي مسئولية عن عمل مادي ، وهي مسئولية تقصيرية عن عمل غير مشروع .

(١) في الالتزامات ذات المصادر المباشرة يكون المصدر المباشر هو المصدر الأولى للالتزام ، ثم يأتي القانون بعد ذلك مصدراً غير مباشر . أما في الالتزامات القانونية ، فالقانون هو المصدر الأول والآخر ، والنص القانوني هو الذي ينشئ الالتزام مباشرة دون أن يستند في إنشائه إلى واقعة أخرى كمصدر مباشر .

ونرى من ذلك أن القانون يستبقي وصايته على بعض الوقائع التي تكون مصدراً للالتزام ، فيمسك بزمامها ، ولا يرتب الالتزام على ما يختاره منها إلا بالنص . وهو في الوقت ذاته يحرر بعض الوقائع من هذه الوصاية ، فيجعلها مصادر عامة للالتزام ، وهذه هي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب .

ويخلص من ذلك أن الالتزام بعدم الإضرار بالغير أو بعدم الإثراء على حساب الغير ليس التزاما قانونيا بالمعنى الدقيق . إذ أن القانون قد جعل من الخروج عليه مصدراً عاما للالتزام — العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب — فحرره من الوصاية التي أخضع لها الالتزامات القانونية بالمعنى الدقيق ، وهي الالتزامات التي يعتبر القانون مصدراً مباشراً لها بموجب نصوص خاصة .

فعل القانون ذلك في بعض الأعمال المادية وفي بعض التصرفات القانونية . فعين حالات خاصة بعضها يستند إلى واقعة مادية وبعضها يستند إلى تصرف قانوني ، وأنشأ في هذه الحالات التزامات قانونية هو مصدرها المباشر . أما الحالات الخاصة التي تستند إلى واقعة مادية ، فمنها التزامات الأسرة والتزامات الجوار والتزامات الفضولي . وأما الحالات الخاصة التي تستند إلى تصرف قانوني ، فهذه كلها تستند إلى الإرادة المنفردة كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة ، وذلك لأن التصرف القانوني إذا لم يكن إرادة منفردة كان عقداً فيصبح بهذه المثابة مصدراً عاما للالتزام .

ويستخلص من ذلك أمران : (أولا) أن القانون هو مصدر مباشر لبعض الالتزامات ، ولا سبيل إلى تحديد هذه الالتزامات القانونية إلا بالنص ، فالنص القانوني وحده هو الذي ينشئها . (ثانيا) والنص وحده هو أيضاً يتكفل بتعيين أركان الالتزام القانوني ، وببيان أحكامه[1] . ونبحث كلا من هاتين المسألتين .

المبحث الأول

النص هو الذي ينشئ الالتزام القانوني

٥٧١ — هل هناك سياسة تشريعية توخاها القانون في إنشاء الالتزامات القانونية : رأينا أن المصدر المباشر للالتزامات القانونية هو القانون ذاته ، فلا توجد وسيلة إلى معرفة الالتزامات القانونية وتحديدها إلا الرجوع إلى النصوص القانونية . فأينما نجد نصا خاصاً ينشئ التزاما ، فثم التزام قانوني .

وقد يبدو أن الالتزامات القانونية ، وقد وكل أمر إنشائها إلى النصوص ، تخلقها هذه النصوص تحكما ، دون أن تكون هناك في إنشائها سياسة مرسومة . فحيث يستحسن المشرع إنشاء التزام قانوني ، أنشأ هذا الالتزام بنص تشريعي .

(١) وفي هذا المعنى تنص المادة ١٩٨ مدني على أن « الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها » .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٩٩ (مطابق) – الليبي م ٢٠١ (مطابق) – العراقي م ٢١٥ (مطابق) – اللبناني م ١٢٠ (موافق) .

وهذا هو ما يظهر لأول وهلة . ولكن الواقع من الأمر أن المشرع يخضع فى إنشاء الالتزامات القانونية . كما يخضع فى إنشاء سائر العلاقات القانونية ، إلى سنن طبيعية يطيعها عن شعور أو عن غير شعور . ونبين فيما يلى كيف يخضع المشرع لهذه السنن الطبيعية فى إنشاء الالتزامات القانونية .

المطلب الأول

الالتزامات القانونية التى تستند إلى الوقائع المادية

٥٧٣ — الالتزامات السلبية : القانون . فى إنشائه لالتزام لا يقوم على إرادة الملتزم ، يدخل فى حسابه اعتبارات أدبية واجتماعية . ولكنه لا يستطيع أن ينقاد لهذه الاعتبارات وحدها . بل يجب أن يراعى اعتبارات أخرى فى الصياغة القانونية . أهمها أنه لا يستطيع أن يصوغ التزاما مبهما غير محدد ، أيا كانت المبررات الأدبية والاجتماعية لإنشائه . فهو لا يستطيع مثلا أن ينشئ التزاما إيجابيا يفرض على كل شخص أن يساعد غيره . أو أن يسعفه عند الحاجة . مثل هذا الالتزام غير المحدد مقضى عليه أن يبقى فى دائرة الآداب والاجتماع . ويتناول القانون فى رفق بعض نواحيه . فيبرز منها ما يتمكن من تحديده . ويصوغه التزامات قانونية . فينتقل بذلك من عالم الأخلاق والاجتماع إلى عالم القانون .

وأول ما استطاع القانون أن يفعل ذلك كان فى الالتزامات السلبية . لأنها أسهل تحديداً وأخف عبئا وأظهر حاجة . فأوجد التزامين قانونيين عامين أخذ بهما الناس كافة . قال فى الأول منهما : لا تضر بالغير دون حق ، فوجد العمل غير المشروع مصدراً عاما للالتزام . وقال فى الثانى : لا تثر على حساب الغير دون سبب . فوجد الإثراء بلا سبب مصدراً عاما آخر .

وهنا وقف القانون ولم يستطع أن يخطو خطوة ثالثة ليضع قاعدة عامة كالقاعدتين الأوليين . ذلك أنه كان يقرر فى هاتين القاعدتين التزامات سلبية . فإذا هو خرج من المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية ، ومن النهى عن الإضرار والإثراء إلى الأمر بالمعاونة والمساعدة . فثم العسر والتحكم ، إذ تختلط الحدود ، وتنبهم الضوابط .

٥٧٣ – الالتزامات الإيجابية : على أن القانون لم يسعه أن يقف عند هذه الحدود السلبية . بل تقدم إلى المنطقة الإيجابية . ولكن فى كثير من الأناة . لم يستطع أن يتول ساعد الغير فى عبارة عامة شاملة ، ولكن قال ساعد الغير فى مواطن معينة رسم حدودها وأحكم ضوابطها .

فبدأ بمن ساعد الغير فعلا من تلقاء نفسه – الفضولى – وألزمه بأن يمضى فى عمله مادام هو الذى بدأه متطوعا . ثم سار خطوة أوسع . وأوجب مساعدة الغير ابتداء . ولكنه لم يستطع أن يرسم فى ذلك التزامات محددة إلا فى نطاق محدود : نطاق الأسرة وأفرادها يتصل بعضهم ببعض أوثق الاتصال[(١)] ، ونطاق الجيران والصلة فيما بينهم قائمة مستقرة[(٢)] . ونطاق أصحاب المهنة[(٣)] . ونطاق الجمعيات والنقابات[(٤)] ، بل نظر فى حالات نادرة إلى الأمة كجماعة واحدة وأوجب على أفرادها التزامات قانونية نحو المجموع أى نحو الدولة[(٥)] .

والقانون فى كل ما قدمناه يتوخى سياسة واحدة : لاينشىء التزاما قانونيا إلا وهو يقوم على التضامن الاجتماعى ، ثم يكون هذا الالتزام محدد المعالم منضبط الحدود . وقد ترك التعميم إلى التخصيص مذ جاوز النطاق السلبى إلى النطاق الإيجابى ، فانتقل من الالتزامات العامة التى يكون مصدرها المباشر

---

(١) من ذلك التزامات الزوجة . والالتزامات ما بين الأبوين والأبناء ، والالتزامات المتصلة بالولاية والوصاية والقوامة ، والالتزام بالنفقة .

(٢) وهناك التزامات سلبية كوجوب الامتناع عن إحداث مضار فاحشة للجيران ، وعدم الإطلال على الجار من مسافة معينة . وهناك التزامات إيجابية ، كالتزام الجار نحو جاره فى الشرب والمجرى والمسيل والمرور ، وكالالتزامات التى تنشأ بسبب الحائط المشترك والحائط الذى يستتر به الجار ، وكالالتزامات التى تنشأ بسبب ملكية الطبقات فى المبنى الواحد .

(٣) أوجد القانون فى ذمة رب العمل التزامات نحو عماله ، فى تعويضهم عن مخاطر العمل وفى التأمينات الاجتماعية ، وأوجد فى ذمة أصحاب المهنة الواحدة التزامات نحو زملائهم ، فيحتفظون بأسرار المهنة ويبادرون إلى إسعاف من يحتاج إلى معونتهم .

(٤) أنشأ القانون التزامات مختلفة فى ذمة أعضاء الجمعيات والنقابات ، تقوم على التعاون فيما بينهم .

(٥) نظر القانون إلى الأمة كجماعة واحدة ، فأنشأ التزامات فى ذمة أفرادها نحو الدولة : أهمها الالتزام بدفع الضرائب .

واقعة مادية ، إلى التزامات قانونية محددة تقوم مباشرة على نصوص قانونية خاصة .

المطلب الثانى

الالتزامات القانونية التى تستند إلى الإرادة المنفردة(*)

٥٧٤ – هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ التزاما : رأينا فيما تقدم أن العقد ، وهو تطابق إرادتين ، يعتبر مصدراً عاما للالتزام . فما هى قيمة الإرادة المنفردة . وهل تستطيع أن تنشئ التزاما ؟ وإذا كانت تنشئ الالتزام . فهل هى كالعقد مصدر عام . أو أن القانون يقتصر فى الاستناد إليها على إنشاء التزامات قانونية محدودة بموجب نصوص خاصة ؟

لا شك فى أن الإرادة المنفردة ، وهى تصرف قانونى صادر من جانب واحد ، تنتج آثاراً قانونية مختلفة . فقد تكون سبباً لكسب الحقوق العينية كالوصية ، وسببا لسقوطها كالنزول عن حق ارتفاق أو حق رهن ، وقد تنهى رابطة عقدية كعزل الوكيل أو تنحيه عن الوكالة . أما بالنسبة إلى إنشاء الحق الشخصى أو إسقاطه ، فالإرادة المنفردة تسقط الحق الشخصى بالإبراء (م٣٧١ مدنى) . وبقى أن نعرف هل هى أيضاً تنشئ الحق الشخصى ، وبعبارة أخرى هل يمكن أن تكون مصدراً للالتزام ؟ نهج التقنين المدنى المصرى نهج التقنين المدنى الألمانى ، فلم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام إلا فى حالات محددة وردت بها نصوص خاصة .

٥٧٥ – إلى أى حد أخذ التقنين المدنى بالإرادة المنفردة مصدراً للالتزام : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى المادة ٢٢٨ منه على ما يأتى : « ١ – إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوبا وكان لمدة

(*) مراجع : ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٨ وما بعدها – سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٣٨ – فقرة ١٤٤ – ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ – إلياس (Elias) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ – تاللانديه (Tallandier) رسالة من تولوز سنة ١٩١٢ – كولد برج (Coldberg) رسالة من نانسى سنة ١٩١٣ – مارسكو (Maresco) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ – چاك مارتان دى لاموت رسالة من تولوز سنة ١٩٥١

معينة . فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من من وجه إليه مادام هذا لم يرفضه . ٢ – وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود . إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام . ٣ – يبقى الإيجاب فى العقود خاضعا للأحكام الخاصة به . ويسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور» . فكان هذا النص . على غرار المشروع الفرنسى الإيطالى (م٦٠) ، يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام . مثلها فى ذلك مثل العقد . ولكن النص حذف فى لجنة المراجعة ، وكان حذفه « عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة ، اكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاما »[1] . فلجنة المراجعة إذن رجعت بالإرادة المنفردة عن أن تكون مصدراً عاما للالتزام . كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى . إلى أن تكون مصدراً للالتزام فى حالات استثنائية ترد فى نصوص قانونية خاصة . وعلى هذا النهج سار المشروع فى سائر مراحله حتى أصبح قانونا[2] .

٥٧٦ – الالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة فى التقنين المدنى هى التزامات قانونية ومصدرها المباشر هو القانون : ولم تتنبه الهيئات

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩ فى الهامش .

(٢) وقد عبر التقنين المدنى الليبى عن هذا المعنى فى وضوح . إذ نص فى المادة ١٦٥ منه على ما يأتى : « ١ – إذا نص القانون على أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ، سرى عليها ما يسرى على العقد من أحكام ، إلا إذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الإرادة أو كانت تتعارض مع نص القانون . ٢ – وتسرى بوجه عام أحكام العقد على الإرادة المنفردة باعتبارها تصرفاً قانونيا يرتب آثاراً أخرى غير إنشاء والتزام » . وكذلك نصت المادة ١٨٤ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « ١ – لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا فى الأحوال التى ينص فيها القانون على ذلك . ٢ – ويسرى عليها ما يسرى على العقد من الأحكام ، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام » . وتنص المادة ١٤٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « ١ – إن المشيئة الواحدة ، وإن تكن معلنة بوضوح وبشكل رسمى ، هى فى الأساس عاجزة عن إنشاء علاقات إلزامية مادامت لم تقترن بمشيئة أخرى تتمثل بها مصالح مستقلة أو مخالفة . ٢ – غير أنه يجوز على وجه استثنائى وفى أحوال محصورة نص عليها القانون ، أن تتولد الموجبات من مشيئة الفريق الواحد . كعرض التعاقد (انظر المادة ١٧٩) أو التعاقد لمصلحة الغير (المادة ٢٢٧) أو الفضولى » .

المختلفة التي تعاقبت على نظر مشروع التقنين المدنى . منذ لجنة المراجعة ، إلى هذا التغيير الجوهرى فى مصدر الالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة . فقد كان المصدر المباشر لهذه الالتزامات . وفقاً للمشروع التمهيدى . هى الإرادة المنفردة ذاتها . وقد ارتقت إلى مقام العقد فأصبحت مصدراً عاما للالتزام . ومن ثم عقد المشروع التمهيدى للإرادة المنفردة فصلا خاصا بها كما عقد فصولا خاصة للمصادر العامة الأخرى وهى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . ولكن بعد أن نزلت لجنة المراجعة بالإرادة المنفردة إلى أن تكون مصدراً للالتزام فى حالات استثنائية . وبموجب نص خاص ، لم تعد الإرادة المنفردة مصدراً عاما للالتزام . وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها لاتقوم بموجب أصل عام يقرره القانون . بل تقوم بموجب نصوص قانونية خاصة . فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات . ومن ثم كان الواجب اعتبار أى التزام ينشأ عن الإرادة المنفردة التزاما مصدره القانون . وكان الواجب أيضاً حذف الفصل الخاص المعقود للإرادة المنفردة فى المشروع التمهيدى وإدماجه فى الفصل المعقود للقانون كمصدر مباشر للالتزام . وهذا مافات لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تفعله .

ولم نرد أن نساير هذا الخطأ فى التبويب . فلم نعقد للإرادة المنفردة باباً خاصا بها يأتى بعد الباب المخصص للعقد كما فعل التقنين المدنى . بل أرجأنا الكلام فيها إلى أن نتكلم فى الالتزامات التى يكون القانون هو مصدرها المباشر . فنجعل الالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة تدخل فى هذا النطاق (١) .

---

(١) قارن أحمد حشمت أبوستيت ص ٣٦٢ – ص ٣٦٣ (حيث يذهب إلى أن القانون لا يكون مصدراً مباشراً **إلا** بالنسبة إلى الالتزامات التى تنشأ من وقائع مادية لا يجمع بينها جامع) – عبد الحى حجازى ٢ ص ٢٨٥ – ص ٣٨٦ (ويذهب إلى أن الإرادة المنفردة يجب اعتبارها مصدراً للالتزام ، ولو أنها ليست مصدراً عاما بل مصدراً استثنائيا) – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٢ ص ٤٢٢ وانظر أيضاً فقرة ٤٠٦ (ويذهب إلى أن الإرادة المنفردة مصدر استثنائى للالتزام) – وقارن أيضاً محمد كامل مرسى فى الالتزامات ٢ ص١١ هامش ١ – أنور سلطان فقرة ٣٨٩ .

وعندنا أن الفيصل فى معرفة ما إذا كان التزام بالذات مصدره المباشر هو القانون أو الإرادة المنفردة ، هو البحث فيما إذا كان هذا الالتزام فى حاجة إلى نص قانونى خاص به ليقوم التزاما وعند ذلك يكون مصدره المباشر هو القانون ، أو يكفى رده إلى الإرادة المنفردة دون حاجة إلى نص =

فالقاعدة إذن في التقنين المدني أن كل التزام تنشئه الإرادة المنفردة لابد أن يرد في نص قانوني ، ويعتبر هذا النص هو مصدره المباشر ، وهو الذي يعين أركانه ويبين أحكامه(١) . وقد وردت نصوص متناثرة في نواحي القانون تجعل الالتزام يقوم على إرادة منفردة . نذكر منها :

١ – الإيجاب الملزم : وقد ورد فيه نص المادة ٩٣ مدني ، وتجري على الوجه الآتي : « ١ – إذا عين ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . ٢ – وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » . وقد فصلنا أحكام هذا النص فيما قدمناه عند الكلام في الإيجاب .

٢ – المؤسسات : وقد ورد فيها نص المادة ٧٠ / ١ مدني . وتجري على الوجه الآتي : « يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية » . فإرادة المنشئ المنفردة هي التي توجد المؤسسة ، وهذه الإرادة يصدرها صاحبها لتنتج أثرها إما في حياته بسند رسمي ، أو بعد موته بوصية . ثم يلتزم المنشئ ، بإرادته المنفردة أيضاً ، أن ينقل إلى المؤسسة التي أنشأها ملكية ما تعهد به من

= قانوني خاص وعندئذ يكون مصدره المباشر هو الإرادة المنفردة . وواضح أنه لا يكفي أن تتجه الإرادة المنفردة لإنشاء التزام في ذمة صاحبها ، بل يجب فوق ذلك أن يكون هناك نص قانوني خاص يرتب التزاما بالذات على هذه الإرادة المنفردة . والفرق واضح في هذا الصدد بين الإرادة المنفردة والعقد . فيكفي أن يوجد عقد ولو غير مسمى حتى يمكن أن يترتب على هذا العقد التزام ، وليس علينا أن نبحث عن نص قانوني يجعل هذا العقد بالذات ينشئ التزاما ، ومن ثم أمكن رد الالتزامات العقدية إلى أصل عام هو العقد . أما في الإرادة المنفردة فلا يكفي أن توجد هذه الإرادة حتى يمكن أن يترتب عليها التزام ، بل يجب كما قدمنا أن يوجد إلى جانب هذه الإرادة نص قانوني هو الذي يرتب الالتزام على الإرادة ، ومن ثم يكون هذا النص هو المصدر المباشر لهذا الالتزام . وهذا ما يحاول الفقهاء الذين يذهبون المذهب المخالف أن يخفوه بقولهم إن الإرادة مصدر استثنائي وليست مصدراً عاما ، فمادامت الإرادة ليست مصدراً عاما فهي إذن تختلف عن العقد الذي هو مصدر عام ، وهي إذن تتفق مع الجوار مثلا الذي هو مصدر استثنائي لحاجته إلى نص قانوني حتى يترتب عليه التزام .

(١) وتسري على الإدارة المنفردة القواعد العامة المتعلقة بالعقد ، إلا إذا كانت هذه القواعد تفترض تعدد الإرادة ، أو كانت تتعارض مع النصوص القانونية التي أنشأت الالتزام القائم على الإرادة المنفردة (انظر م ١٦٥ ليبي وم ١٧٤ عراقي آنفا فقرة ٥٧٤ في الهامش) .

المال الذى خصصه لها . ومن ثم نرى أن الإرادة المنفردة هنا أو جدت شخصا معنويا . وأنشأت التزاما نحو هذا الشخص المعنوى .

٣ – تطهير العقار المرهون رهنا رسميا : وقد ورد فيه نص المادة ١٠٦٦ مدنى . وتجرى على الوجه الآتى : « يجب على الحائز للعقار أن يذكر فى الإعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً . بل ينحصر العرض فى إظهار استعداده الوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال أيا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة » . ويؤخذ من هذا النص أن الحائز يلتزم بإرادته المنفردة أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار . وذلك بمجرد إعلان رغبته فى تطهير العقار بتوجيهه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم إعلانات على النحو المبين فى المادة ١٠٦٥ مدنى .

٤ – الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور : وقد ورد فيه نص المادة ١٦٢ مدنى . ولما كان هذا النص ينشئ التزاما قانونيا . فسنتولى بحثه تفصيلا فيما يأتى(١) .

المبحث الثانى

النص هو الذى يعين أركان الالتزام القانونى ويبين أحكامه

المطلب الأول

القاعدة العامة

٥٧٧ – أركاد الالتزام القانونى : الرجوع إلى النص . فى كل التزام

(١) أما التزامات الفضولى فقد قدمنا أنها لا تنشأ من إرادة منفردة . بل من واقعة مادية هى أن يتولى الفضولى شأنا لرب العمل . ولا يكفى لالتزام الفضولى أن يظهر إرادته فى أن يتولى شأنا لرب العمل . مهما كانت هذه الإرادة واضحة ، مادام لم يتول هذا الشأن بالفعل . فالعمل المادى ، لا إرادة الفضولى ، هو الذى ينشىء فى ذمة الفضولى التزاماته المعروفة – وكذلك التزام المتعهد نحو المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير مصدره العقد لا الإدارة المنفردة وقد مر بيان ذلك عند الكلام فى الاشتراط لمصلحة الغير .

قانونى ، هو الذى يبين مدى هذا الالتزام والأركان التى يقوم عليها . وليس من الضرورى أن يكون النص موجودا فى التقنين المدنى ، فالقوانين المالية وقوانين الأحوال الشخصية وتقنين المرافعات وغير ذلك من القوانين قد تتضمن نصوصاً تنشئ التزامات قانونية(١) .

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزامات القانونية ، كسائر الالتزامات ، تكون إما التزاما بإعطاء (obligation de donner) كالالتزام بالنفقة والالتزام بدفع الضرائب والالتزام بتعويض العامل عن مخاطر العمل ، أو التزاما بعمل (obligation de faire) كالتزام الولى بأن يدير أموال القاصر والتزام الجار بأن يشترك فى وضع حد لملكه الملتصق بملك جاره . أو التزاما بالامتناع عن عمل (obligation de ne pas faire) كالتزام الجار بألا يهدم الحائط الذى يستتر به جاره دون عذر قوى والتزامه بألا يحدث ضرراً فاحشا للجيران .

والالتزام القانونى ، كسائر الالتزامات ، رابطة ما بين دائن ومدين . وتقوم هذه الرابطة على محل مستوف لشرائطه . ولما كان القانون فى الالتزام المبنى على واقعة مادية هو الذى يعين هذا المحل على النحو الذى بيناه ، إعطاء كان أو عملا أو امتناعا عن عمل . فإن المحل هنا لابد أن يكون قد استوفى الشرائط الواجبة ، فلا صعوبة يمكن أن تثار فى هذه الناحية .

والسبب لا يكون ركنا فى الالتزام القانونى إلا إذا استند إلى الإرادة المنفردة ،

---

(١) ومن الالتزامات القانونية فى نطاق المعاملات المدنية التزامات الفضولى والتزامات الجوار والالتزامات الناشئة عن الحائط المشترك والحائط الملاصق — وفى نطاق الأحوال الشخصية التزامات الأسرة (النفقة والواجبات الأخرى بين الزوجين والوالدين والأولاد والأولياء والأوصياء والقوام) — وفى نطاق القانون المالى الالتزام بدفع الضرائب — وفى نطاق قانون المرافعات جواز إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده تكون منتجة فى الدعوى فى أحوال معينة (م ٢٥٣ مرافعات) — وفى نطاق القانون التجارى جواز إلزام التاجر بتقديم دفاتره إلى المحكمة أو بتوصيلها إلى خصمه للاطلاع عليها — انظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٠٦ ص ٦٤٧ .

وقد قضت المادة ٣٥٧ مرافعات بإلزام من حكم عليه فى الدعوى بمصروفاتها . وقضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه متى كان أحد الخصوم قد استأنف الحكم الابتدائى كما استأنف خصم آخر ، فإن محكمة الاستئناف ، إذ رفضت الاستئنافين وحكمت بمصروفاتهما على أحد المستأنفين دون المستأنف الآخر ، تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٧ ص ١٤٦١) .

فقد رأينا أن السبب يتصل بالإرادة . ويترتب على ذلك أن الالتزام القانونى الذى يقوم على إرادة منفردة . كالوعد بجائزة ، يجب أن يكون مبنيا على سبب مشروع . وكذلك المحل تعينه الإرادة . فيجب فى تعيينه أن يكون مستوفيا لشرائطه على النحو الذى قدمناه عند الكلام فى المحل .

والأهلية إنما يجب توافرها فى الالتزام القانونى المبنى على الإرادة المنفردة . أما الالتزام القانونى المبنى على واقعة مادية فلا تشترط فيه أية أهلية إلا إذا نص القانون على ذلك . كما نص فى أهلية الفضولى فاشترط أهلية التعاقد (م ١٩٦ مدنى) .

٥٧٨ — أحكام الالتزام القانونى : وكذلك النص هو الذى يبين أحكام الالتزام القانونى . فيرجع فى كل التزام إلى النص الذى أنشأه لمعرفة هذه الأحكام . مثل ذلك الالتزام بدفع الضرائب والتزامات الأسرة والتزامات الجوار(١) . ويرجع فى كل هذه الالتزامات إلى النصوص القانونية التى أنشأتها لمعرفة أحكامها .

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزام القانونى . كسائر الالتزامات . ينفذ عينا إذا كان هذا ممكنا ، وإلا انتهى إلى تعويض بقدر طبقاً للقواعد العامة .

وننتقل الآن إلى تطبيق خاص فى الالتزامات القانونية ، هو التزام الواعد بجائزة ويقوم على الإرادة المنفردة . لنبين أركانه وأحكامه مستخلصة من النص القانونى الذى أنشأه .

المطلب الثانى

الوعد بجائزة (الجعالة)

٥٧٩ — أركان التزام الواعد بجائزة : تنص المادة ١٦٢ مدنى على

---

(١) ويدخل فى التزامات الأسرة واجبات كل من الزوجين ، والعلاقة ما بين الوالدين والأولاد ، والنفقة بمختلف أنواعها ، والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام ، وهذه كلها يرجع فيها إلى قوانين الأحوال الشخصية . والتزامات الجوار التزامات كثيرة متنوعة ، منها إزالة مضار الجوار إذا جاوزت الحد المألوف ، والالتزامات الناشئة عن الحائط المشترك ، والحائط الملاصق ، والالتزامات المتعلقة بالشرب والمجرى والمسيل والمرور ، والالتزامات الناشئة عن الشيوع ، ويرجع فى كل ذلك إلى النصوص القانونية التى أنشأت هذه الالتزامات .

ما يأتى : «١ – من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولوقام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها . ٢ – وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع فى وعده بإعلانه للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد . وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور »[1].

ويتبين من هذا النص أن التزام الواعد بجائزة يقوم بتوافر الأركان الآتية :

(١) أن تصدر من الواعد إرادة باتة . وهذه هى الإرادة المنفردة . ويجب أن يكون الواعد ذا أهلية كاملة للالتزام بما وعد به . وأن تخلو إرادته من العيوب من غلط وتدليس وإكراه . وأن تقوم الإرادة على محل مستوف لشرائطه . وأن تتجه إلى سبب مشروع[2].

(٢) أن توجه الإرادة إلى الجمهور . فإذا وجهت إلى شخص معين أو أشخاص معينين . خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة . وسرت عليها قواعد الإيجاب . فلابد من أن يقترن بها القبول وتصبح عندئذ عقداً لا إرادة منفردة .

(٣) أن يكون توجيه الإرادة إلى الجمهور على وجه علنى . بطريق من طرق النشر المعروفة ، كالإعلان فى الصحف أو إلصاق النشرات أو توزيعها أو المناداة فى الطرقات . ويجب أن تكون العلانية كافية حتى يتيسر لعدد كبير من الناس أن يعلم بهذه الإرادة .

(٤) أن تتضمن الإرادة أمرين على الأقل : (أولا) جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها للفائز بها ، وقد تكون مبلغاً من النقود أو شيئاً آخر له قيمة مالية كأسهم أوسندات أو سيارة أو منزل أو كتاب أودفع نفقات رحلة أونحو ذلك . ولا شىء يمنع من أن تكون الجائزة قيمتها أدبية . كوسام أوشارة أو

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٣ (مطابق) – الليبى م ١٦٤ (مطابق) – العراقى م ١٨٥ (موافق) – اللبنانى م ١٧٩ آخر عبارة (مقارب) .

(٢) وقد يكون الوعد بجائزة صادراً على سبيل الدعاية ، كالتاجر يعد بإعطاء جائزة لمن يجد عيباً فى بضاعته . ولا مانع من أخذه بوعده ، متى صدرت منه إرادة جدية فى هذا المعنى (عبد الحى حجازى ٢ ص ٣٩٣ – ص ٣٩٤) .

كأس أو أية علامة أخرى من علامات التقدير . (ثانيا) شيئا معينا يقوم به الشخص حتى يستحق الجائزة . كالعثور على شيء ضائع أو وضع أفضل تصميم هندسي أو النجاح في امتحان أو الفوز في مسابقة أو الاهتداء إلى دواء أو الكشف عن اختراع أو نحو ذلك[1] .

٥٨٠ – أحكام الالتزام – الوعد حددت له مدة : فإذا توافرت الشروط المذكورة وحددت مدة للوعد . التزم الواعد نهائيا بإرادته ولم يكن له حق الرجوع[2] ولما كان قد حدد مدة للقيام بالعمل ، فإنه إذا انقضت هذه المدة دون أن يقوم أحد به . انقضى التزام الواعد بانقضاء مدته ، ولو قام بعد ذلك شخص بالعمل المطلوب .

أما إذا تم القيام بالعمل في خلال المدة المحددة . فإن من قام بهذا العمل يصبح دائنا للواعد بالجائزة الموعودة . سواء قام بالعمل عن رغبة في الحصول على الجائزة أو لم تكن عنده هذه الرغبة . بل سواء كان يعلم بالجائزة وقت قيامه بالعمل أو لم يكن يعلم بها . وسواء أتم العمل بعد إعلان الجائزة أو قبل إعلانها. وهذا هو الذي يجعل الالتزام بالوعد التزاما بإرادة منفردة . فإن الواعد يصبح ملتزما بإعطاء الجائزة بمجرد أن يتم العمل حتى لو كان من قام به يجهل وجود الجائزة أو قام به قبل إعلان الجائزة . فلا يتصور أن يكون هناك عقد تم بينه وبين الواعد . ولا يبقى إلا أن يكون الواعد قد التزم بإرادته المنفردة .

---

(١) ولا يتناول نص التقنين المدني المصري إلا القيام بعمل معين ، وهو في ذلك كالتقنين المدني الألماني (م ٦٥٧) . أما إذا كان الوعد بجائزة موجها لمن يوجد في مركز معين – كأولاد أول شهيد في الحرب أو المولود في يوم معين – كان ذلك إيجابا يجب أن يقترن بالقبول وفقا للقواعد العامة . وقد اتسع نص التقنين المدني الإيطالي الجديد (م ١٩٨٩–١) لهذه الحالة ، فصارت هي والقيام بعمل معين يشملها الوعد بجائزة ، إذ يقول النص : « من يوجه للجمهور وعداً بجائزة لمن يوجد في مركز معين أو يقوم بعمل معين ، يلتزم بذلك الوعد متى صار علنيا » (عبد الحي حجازي ٢ ص ٣٩٤ – ص ٣٩٦) .

(٢) ويمر هذا الالتزام بمرحلتين : المرحلة الأولى يتعين فيها المدين دون الدائن . فيكون الواعد هو المدين ولكن لا لدائن معين . والمرحلة الأخرى عند تعين الدائن بأن يقوم شخص بالعمل المطلوب ، فيتكامل الالتزام ويصبح المدين ملتزما نحو هذا الشخص المعين الذي قام بالعمل المطلوب ولو لم يكن هذا الشخص عالما بالجائزة فلا يدري أنه دائن بها . انظر في تكون هذا الالتزام بالتدريج على مراحل متعاقبة عبد الحي حجازي ٢ ص ١٠٧ – ص ٤١٠ .

٥٨١ – الوعد لم تحديد له مدة : أما إذا لم يحدد الواعد مدة يتم العمل فى خلالها . فإنه يلتزم بالرغم من ذلك بالوعد الصادر منه . فإذا قام شخص بالعمل المطلوب فى مدة معقولة – وإذا وقع خلاف فى تقدير المدة المعقولة فصل القاضى فى ذلك – استحق الجائزة حتى لولم يكن يعلم بها . أو علم ولكنه قام بالعمل دون رغبة فيها . لأن الواعد إنما يلتزم كما قدمنا بإرادته المنفردة .

ولكن الواعد . مادام لم يحدد مدة لوعده . يكون له حق الرجوع فيه حتى قبل انقضاء المدة المعقولة . ويكون الرجوع فى الوعد بالعلانية ذاتها التى تم بها الوعد . وهنا لا تخلو الحال . فى الفترة ما بين إعلان الوعد والرجوع فيه . من أحد فرضين : فإما ألاّ يكون أحد قد أتم العمل المطلوب . أو أن يكون هناك من أتم هذا العمل .

فإذا لم يكن هناك أحد قد أتم العمل . تحلل الواعد نهائيا من نتائج وعده بعد أن رجع فيه . وهذا صحيح على إطلاقه إذا لم يكن هناك أحد قد بدأ فى تنفيذ العمل المطلوب . أما إذا كان هناك من بدأ فى تنفيذ هذا العمل ولكنه لم يتمه . فإن له الرجوع على الواعد بتعويض عادل . هو قيمة ماأصابه من الضرر دون مجاوزة لمقدار الجائزة . ولكن لابموجب الوعد الذى سقط بالرجوع فيه . بل بموجب المسئولية التقصيرية . ويترتب على ذلك أن الرجوع على الواعد فى هذه الحالة يتقادم بالمدة التى تتقادم بها المسئولية التقصيرية . ثلاث سنوات أوخمس عشرة سنة بحسب الأحوال .

أما إذا كان العمل المطلوب قد تم قبل رجوع الواعد . فإن من قام بالعمل يستحق الجائزة كاملة . ولايؤثر فى حقه رجوع الواعد فى وعده . ويستوى أن يكون قد قام بالعمل وهو على علم بالجائزة أوعلى غير علم بها . كما يستوى أن يكون قد قام بالعمل وهو ينظر إلى الجائزة أودون أن ينظر لها .

فهناك إذن أحوال ثلاثة يكون الواعد فيها ملتزما بالجائزة كاملة بموجب إرادته المنفردة : (١) إذا حدد مدة . وقام الفائز بالعمل فى خلال هذه المدة . (٢) إذا لم يحدد مدة ولم يرجع فى وعده . وقام الفائز بالعمل فى مدة معقولة . (٣) إذا لم يحدد مدة ورجع فى وعده . ولكن الفائز قام بالعمل قبل الرجوع . وفى الحالتين الأوليين يتقادم التزام الواعد بخمس عشرة وفقا

للقواعد العامة . لأنه التزام إرادى ولم يرد فى تقادمه نص خاص . وفى الحالة الثالثة يسقط التزام الواعد إذا لم ترفع دعوى المطالبة بالجائزة فى خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع . وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ مدنى وقد تقدم ذكرها . والظاهر أن هذه المدة الأخيرة هى مدة إسقاط (déchéance) لا مدة تقادم (prescription) . فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع . والسبب فى قصر المدة فى الحالة الثالثة . وفى جعلها مدة إسقاط لامدة تقادم ، هو قطع السبيل على كل محاولة يراد بها استغلال الوعد بجائزة بعد إعلان العدول . وحسم المنازعات التى تنشأ بسبب تقادم العهد على الوعد ، وصعوبة الإثبات .

ويمكن القول . من ناحية التكييف القانونى . إن الواعد بجائزة رتب فى ذمته التزاما بإرادته المنفردة لدائن غير معين أن يعطيه الجائزة ، إذا هو قام بالعمل المطلوب . فيكون الالتزام معلقاً على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب فى المدة المعينة أوفى مدة معقولة . فإذا تحقق الشرط أصبح الالتزام باتا نافذاً .

القسم الثاني

في أحكام الالتزام

الباب الأول

الاثبات

(La preuve)

مقدمة (*)

٥٨٢ – خطة البحث : نقدم للإثبات بنظرة عامة فيه . ثم باستعراض مسائله الثلاث : محل الإثبات ومن يحمل عبئه وطرقه المختلفة .

وقد عالجنا الإثبات فى هذا المكان عقب الفراغ من معالجة مصادر الالتزام ، لأن الإثبات إنما ينصب على مصادر الالتزام لا على الالتزام ذاته . فيبدو طبيعيا بعد أن بينا مصادر الالتزام أن نبين كيف يكون إثباتها .

§ ١ – نظرة عامة فى الإثبات

٥٨٣ – تعريف الاثبات وأهميته : الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء ، بالطرق التى حددها القانون ، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها . ويخلص من هذا التعريف أن الإثبات بمعناه القانونى مقيد بطرق محددة ، فالحقيقة القضائية لاتثبت إلا بهذه الطرق . ومن ثم فقد لاتصبح الحقيقة القضائية متفقة مع الحقيقة الواقعية ، بل كثيراً ما تنفرج مسافة الخلف ما بين الحقيقتين . ويخلص أيضاً من التعريف أن الإثبات إنما ينصب على وجود واقعة قانونية

(*) مراجع : أوبرى ورو وبارتان جزء ١٢ طبعة خامسة – بودرى وبارد ٣ و ٤ طبعة ثالثة – بلانيول وريبير وجابولد ٧ طبعة ثانية – بيدان وپرو ٩ طبعة ثانية – دى باج (فى شرح القانون المدنى البلجيكى) ٣ طبعة ثانية .

الرسائل : چان دابيا (Jean Dabia) فى صياغة الدليل القانونى سنة ١٩٣٥ – جورف (Gorphe) فى تقدير الأدلة أمام القضاء سنة ١٩٤٧ .

ترتبت آثارها . فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعى به . بل هو المصدر القانونى الذى ينشئ هذا الحق كما سبق القول .

ونظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقا فى الحياة العملية . بل هى النظرية التى لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أقضية(١) .

٥٨٤ – المبادئ الرئيسية التى تقوم عليها قواعد الإثبات : يقوم الإثبات على مبادئ رئيسية ثلاثة : (١) فهو نظام قانونى (système légal) ، أى تنظمه قواعد يقررها القانون . (ب) ويكون القاضى فيه محايداً . وهذا هو مبدأ حياد القاضى (neutralité) du juge) . (ج) أما الخصوم فيقومون فيه بالدور الإيجابى . وهذا هو حق الخصم فى الإثبات (droit à la preuve) .

---

(١) ويتنازع قواعد الإثبات مكانان : مكان فى التقنين المدنى ، وآخر فى تقنين المرافعات . ذلك أن لهذه القواعد ناحيتين ، ناحية موضوعية هى التى تحدد طرق الإثبات المختلفة وقيمة كل طريقة منها ومن الذى يقع عليه عبء الإثبات وماذا يقوم بإثباته ، وناحية شكلية هى التى تحدد ما يتبع من الإجراءات فى تقديم طرق الإثبات فللشهادة وللأوراق المكتوبة والطعن فيها والخبرة واستحلاف اليمين ولغير ذلك من طرق الإثبات إجراءات معينة رسمها القانون .

وقد انقسمت الشرائع فى مكان الإثبات إلى طوائف ثلاث . بعضها يضع القواعد الموضوعية فى التقنين المدنى والقواعد الشكلية فى تقنين المرافعات ، كما فعل القانون المصرى والقانون الفرنسى وأكثر الشرائع اللاتينية . وهذا هو الوضع الذى يتفق مع طبيعة كل من القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية . وبعضها يجمع قواعد الإثبات فى ناحيتيها الموضوعية والشكلية ويضعها جميعا فى تقنين المرافعات ، كما فعل القانون الألمانى والقانون السويسرى والقانون اللبنانى . وفى هذا تغليب لا مبرر له للناحية الشكلية على الناحية الموضوعية . وطائفة ثالثة تفرد قواعد الإثبات جميعا الموضوعية منها والشكلية بقانون خاص ، كما فعل القانون الإنجليزى فيما أسماه بقانون الإثبات وكما فعل القانون السورى فيما أسماه بقانون البينات ، وفى هذا إضاعة لمزية الشمول الواجب فى كل من التقنين المدنى وتقنين المرافعات إذ يقتطع من كل منهما جزء أساسى لا غنى عنه فى تقنين شامل ، وفيه غفلة عما لابس النهج الذى سار عليه القانون الإنجليزى ، القانون السورى من اعتبارات تاريخية خاصة بكل من القانونين .

ويبدو مع ذلك أن هناك اتجاها إلى الانحراف عن الخطة التى سار عليها المشرع المصرى من قديم ، وإلى جمع قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية وإفرادها بقانون خاص . ومهما يكن من أمر فإن الذى يعنينا هنا ، فى شرح القانون المدنى ، هى قواعد الأثبات الموضوعية وحدها . وعلى ذلك سنقتصر على بسط هذه القواعد ، متابعين فيها نصوص التقنين المدنى .

٥٨٥ – (أ) مبدأ النظام القانوني للإثبات : يقيد القانون كما قدمنا طرق الإثبات ، فالحقيقة القضائية لا تثبت إلا بطرق محددة . والقانون فى تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين : اعتبار العدالة ويدفعه إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل حتى تتفق معها الحقيقة القضائية ، واعتبار استقرار التعامل ويدفعه إلى تقييد القاضى فى الأدلة حتى يأمن جوره ويحد من تحكمه .

ويمكن ، فى الموازنة ما بين اعتبار العدالة واعتبار استقرار التعامل ، أن نتصور قيام مذاهب ثلاثة فى الإثبات :

(١) المذهب الحر أو المطلق . وفيه لا يرسم القانون طرقاً محددة للإثبات . ويترك القاضى حراً فى تكوين اعتقاده من أى دليل يقدم له . وهذا المذهب يقرب كثيراً ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة . وتأخذ به الشرائع الجرمانية والشرائع الانجلوسكسونية إلى حد كبير . ولكن حظ العدالة فيه ظاهرى أكثر منه حقيقياً . فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية بشرط أن يؤمن من القاضى الجور والتحكم . فإذا جار القاضى أو تحكم ، ابتعدت الحقيقة القضائية كثيراً عن الحقيقة الواقعية .

(٢) المذهب القانونى أو المقيد . وفيه يرسم القانون طرقاً محددة تحديداً دقيقاً للإثبات ، ويجعل لكل طريق قيمته . وقد تغلب هذا المذهب فى الفقه الإسلامى ، فيجب فى الإثبات بالبينة شهادة شاهدين ولا يكتفى بشاهد واحد إلا فى حالات استثنائية . وإذا توافر نصاب الشهادة وجب الأخذ بها دون أن يكون للقاضى حرية فى التقدير . ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة إلى أخرى فى حدود مقدرة تقديراً يكاد يكون حسابيا[1] . وهذا المذهب ، على ما فيه من دقة تكفل استقرار التعامل ، يباعد ما بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية فلا يكفل اعتبار العدالة .

(٣) المذهب المختلط ، وهو يجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد :

---

(١) انظر فى الأخذ بهذه القواعد الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية طبقا للمذهب الشرعى الواجب التطبيق : نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٨ ص ١٨١ .

وأشد ما يكون إطلاقاً فى المسائل الجنائية[١] ، ثم يتقيد بعض التقيد فى المسائل التجارية مع بقائه حراً فى الأصل ، ويتقيد بعد ذلك إلى حد كبير فى المسائل المدنية[٢] . وهذا المذهب الثالث هو الذى يجمع بين العدالة واستقرار التعامل ، وقد أخذ به القانون المصرى مقتفيا فى ذلك أثر الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والقانون الإيطالى والقانون البلجيكى .

٥٨٦ — (ب) مبدأ حياد القاضى : ويتصل بما تقدم موقف القاضى من الإثبات . فهو فى المذهب الحر أو المطلق موقف إيجابى ، يوجه القاضى فيه الخصوم ويستكمل ما نقص من الأدلة . وهو فى المذهب القانونى أو المقيد موقف سلبى محض ، يتلقى أدلة الإثبات كما يقدمها الخصوم دون أى تدخل من جانبه ، ثم يقدر هذه الأدلة طبقا للقيم التى حددها القانون . وهو فى المذهب المختلط يكون موقفاً وسطا بين الإيجابية والسلبية ، فيباح للقاضى شىء من الحرية فى تحريك الدعوى وفى توجيه الخصوم فى استكمال الأدلة الناقصة .

والقوانين اللاتينية ، والقانون المصرى معها[٣] ، لا توسع على القاضى حرية توجيهه للدعوى إلا إلى مدى محدود . فالقاضى يستطيع مثلا أن يحيل الدعوى على التحقيق من تلقاء نفسه ، كما يستطيع أن يعين خبيراً ، وله أن يطلب إحضار الخصوم شخصياً ، وأن يوجه إلى الخصم اليمين المتممة . وقد زاد تقنين المرافعات الجديد فى إيجابية موقف القاضى من الإثبات ، فخوله سلطة فى شطب الدعوى عند تخلف الخصوم عن الحضور ، وفى وقف الدعوى

---

(١) فالأصل فى المحاكمات الجنائية أن العبرة من حيث الدليل باقتناع القاضى ، دون تقيد بدليل معين (نقض جنائى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ الطعن رقم ٥٨٠ سنة ٣١ ق) .

(٢) فتتقيد الطرق التى تثبت بها الحقوق ، ولا يجوز الاستناد إلى طريقة لم يقررها القانون . وقد قضت محكمة النقض بأن الاستناد إلى البشعة (طاسة من الحديد محمية بالنار يلعقها الخصمان ، ومن يصب بسوء يحكم عليه) كوسيلة لإثبات الحق أو نفيه مما تأباه سنن المجتمع وتحرمه قواعد النظام العام ، ولا تنبنى إضافة وسيلة أخرى للإثبات لا يقرها القانون (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٤ ص ١١٥٩) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض الجنائية بأن المحكمة ، فى حدود بحثها للدعوى المدنية ، غير ملزمة بتوجيه الدعوى أو تكليف المدعى إثبات دعواه أو تقديم المستندات الدالة عليها ، إذ الأمر فى ذلك موكول إليه ليدلل على التعويض الذى يطالب به وبالكيفية التى يراها (نقض جنائى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ الطعن رقم ١٢٢١ سنة ٣٠ ق) .

لمدة معينة عند اتفاق الخصوم على ذلك ، وفى إدخاله من تلقاء نفسه من لم يكن طرفاً فى الخصومة ، وفى غير ذلك من الإجراءات .

٥٨٧ – (ح) مبدأ دور الخصوم الإيجابى – حق الخصم فى الإثبات: أما موقف الخصوم فهو موقف إيجابى ، فأى دليل يقدمه خصم فى الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعا لمناقشته : فلا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقش فى قضية أخرى ما لم يناقش فى القضية القائمة ، ولا يجوز للقاضى أن يقوم بمعاينة مكان النزاع دون أن يدعو الخصوم لحضور المعاينة . ولكن يكفى أن يعرض الدليل على الخصوم لمناقشته ، فإذا لم يناقشوه فعلا فقد نزلوا عن حقهم فى ذلك وصح الأخذ بالدليل . ويترتب على حق الخصوم فى مناقشة الأدلة أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه ، ذلك أن علم القاضى هنا يكون دليلا ، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضى منزلة الخصوم فيكون خصما وحكما ، وهذا لا يجوز[1] . وهذا الدور الإيجابى للخصوم فى الإثبات ، وما يستتبعه من حقهم فى مناقشة الأدلة ، تنظمه قواعد أربع : (١) حق الخصم فى الإثبات (٢) حق الخصم الآخر فى إثبات العكس (٣) لا يجوز لأى خصم أن يصطنع دليلا لنفسه (٤) ولا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه .

١ – فحق الخصم فى الإثبات (droit à la preuve) معناه أن يمكنه القاضى من تقديم جميع ما تحت يده من الأدلة التى يسمح بها القانون ، فإن لم يمكنه القاضى من ذلك كان هذا إخلالا بحقه وكان سببا للطعن فى الحكم بالنقض . ويتقيد حق الخصم فى الإثبات بقيود ثلاثة : (١) لا يجوز للخصم أن يثبت

---

(١) ولكن لا يكون القاضى قد قضى بعلمه إذا هو استند إلى المعلومات المستقاة من الخبرة بالشؤون العامة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه ، إذ عرض للنزاع فى شأن تحديد ما يخصم مقابل طعام عمال المؤسسة ، قد قرر أنه « ليس صحيحا أن يقدم للخدم ما يقدم للعملاء من طعام ، بل يجهز لهم عادة طعام قليل التكاليف » ، فإن هذا الذى قرره الحكم ليس من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضى أن يبنى حكمه عليها ، ولكنه من المعلومات المستقاة من الخبرة بالشؤون العامة (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤١ ص ٢٥٩) . كذلك استخلاص النتائج من المقدمات هو من صميم عمل القاضى ، وليس فى ذلك قضاء منه بعلمه (نقض جنائى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦١ الطعن رقم ٥٣٣ سنة ٣١ ق) .

مايدعيه إلا بالطرق التي حددها القانون . فلا يجوز مثلا أن يثبت بالبينة ما لايجوز إثباته إلا بالكتابة . (ب) كذلك لايجوز للخصم أن يطلب إثبات واقعة لم تتوافر فيها الشروط الواجبة ، إذ يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى منتجة فى دلالتها جائزة الإثبات قانونا ، وسيأتى بيان ذلك . (ج) ويبقى للقاضى بعد كل ذلك حرية واسعة فى تقدير قيمة الأدلة التى تقدم بها الخصم . فيرى ما إذا كانت شهادة الشهود مقنعة . ويقدر ما إذا كانت الورقة التى تقدم بها الخصم صحيحة فله أن يمتنع عن السير فى إجراءات الطعن بالتزوير فيها ، كما له أن يحكم من تلقاء نفسه برد الورقة وبطلانها ولو لم يطعن فيها بالتزوير.

٢ — وحق الخصم الآخر فى إثبات العكس معناه أن يكون لهذا الخصم الحق فى نقض أى دليل يقدمه خصمه . فالإذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق . وإذا كان الدليل الذى قدمه الخصم ورقة مكتوبة . كان للخصم الآخر أن ينكر خطه أو إمضاءه ، أو أن يطعن فى الورقة بالتزوير . وإذا كان الدليل المقدم قرينة قضائية . فللخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بقرينة مثلها أو بأى طريق آخر. وكذلك الحال فى القرينة القانونية فإن الأصل فيها جواز إثبات العكس ، أما القرائن القانونية التى لاتقبل إثبات العكس فقليلة ولابد فى منع إثبات العكس فيها من نص فى القانون .

٣ — ولايجوز لأى خصم أن يصطنع دليلا لنفسه . إذ الدليل الذى يقدم ضد الخصم يجب أن يكون صادرا منه حتى يكون دليلا عليه . فالورقة المكتوبة حتى تكون دليلا على الخصم يجب أن تكون بخطه أو بإمضائه . ومن ثم لايجوز أن يكون الدليل الذى يتمسك به الخصم صادرا منه هو . فلايصح أن يكون هذا الدليل مجرد قوله وادعاءاته ، أو أن يكون ورقة صادرة منه ، أو مذكرات دونها بنفسه . على أن القانون نص فى بعض الحالات على جواز أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو . من ذلك أن دفاتر التجار ، فى البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار ، تصلح أساسا يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين ، وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة (م٣٩٧ مدنى) — ومن ذلك أنه يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات فى دعاوى التجار المتعلقة

بمواد تجارية ، إذا كانت الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانونا (م١٧ تجارى). وسيأتى بيان ذلك .

٤ – ولا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه إلا فى حالات معينة ، وهذه الحالات ذكرتها المادة ٢٥٣ مرافعات[1] على الوجه الآتى : « يجوز للخصم فى الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده : (١) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها . (٢) إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه . وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة . (٣) إذا استند إليها خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى »[2]. ويبين تقنين المرافعات (م٢٥٤) البيانات الواجب ذكرها فى الطلب الذى يتقدم به الخصم لإلزام خصمه بتقديم الورقة الواجب تقديمها ، ثم يقول (م ٢٥٦ مرافعات) : « إذا أثبت الطالب طلبه ، أو أقر الخصم بأن الورقة فى حوزته ، أو سكت ، أمرت المحكمة بتقديم الورقة فى الحال أو فى أقرب موعد تحدده . وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتا كافيا لصحة الطلب ، وجب أن يحلف المنكر يمينا بأن الورقة لا وجود لها أو أنه

---

(١) وهى مذكورة على سبيل الحصر (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥٧ ص ٤٠٤) .

(٢) ومثل الحالة الأولى – حالة ما إذا كان القانون يجيز المطالبة بتقديم الورقة أو تسليمها – ما نصت عليه المادة ١٨ تجارى من أنه « يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها ، فى أثناء الخصومة ، بتقديم الدفاتر لتستخرج منها ما يتعلق بهذه الخصومة » . فهذا نص يجيز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها ، فى جميع المنازعات التجارية والمدنية ، بالاطلاع على جميع الدفاتر التجارية .

وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير الدلائل أو المبررات المنصوص عليها فى المادة ٢٥٣ مرافعات ، التى تجيز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده ، هو نظر موضوعى يتعلق بتقدير الأدلة مما يستقل به قاضى الموضوع (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٨ ص ٦٦٣) . وقضت أيضاً بأنه وإن كانت المادة ٢٥٣ مرافعات تجيز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الواردة فيها ، إلا أن الفصل فى هذا الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لقاضى الموضوع ، ولمحكمة الموضوع بما لها من سلطة التقدير أن تطرح طلب تقديم الدفاتر التجارية أو الإحالة على التحقيق متى كانت قد كونت عقيدتها فى الدعوى من الأدلة التى اطمأنت إليها (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة النقض ١٢ رقم ٢٧ ص ٢١٢) .

لا يعلم وجودها ولا مكانها وأنه لم يخفها أو لم يهمل البحث عنها ليحرم خصمه من الاستشهاد بها » . وتذكر المادة ٢٥٧ مرافعات جزاء عدم تقديم الورقة أو الامتناع عن حلف اليمين ، فتقول : « إذا لم يقم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذى حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة ، اعتبرت صورة الورقة التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها . فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها ».

§ ٢ – مسائل الإثبات

٥٨٨ — **مسائل ثلاث** : مسائل الإثبات بوجه عام ثلاث : أولا – محل الإثبات (objet de la preuve) . ثانيا – عبء الإثبات (charge de la preuve, onus probandi). ثالثا – طرق الإثبات (procédés de la preuve).

أولا – محل الإثبات

٥٨٩ — **محل الإثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته** : قدمنا أن محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ، شخصيا كان هذا الحق أو عينيا ، بل هو المصدر الذى ينشئ هذا الحق . ولا يقتصر المدعى به على أن يكون قيام حق ، فقد يكون انقضاء هذا الحق ، كالمدين يدفع بانقضاء الدين . وقد يكون المدعى به ليس وجود حق أو زواله ، بل وضعا قانونيا كأسباب البطلان وأسباب الفسخ التي تلحق بالعقد . والمصادر التي تنشئ كل هذه الروابط القانونية لا تعدو أن تكون إما تصرفا قانونيا (acte juridique) ، أو واقعة قانونية (fait juridique). ويتبين من ذلك أن محل الإثبات هو هذا التصرف القانونى أو هذه الواقعة القانونية التي كانت مصدراً للرابطة القانونية المراد إثباتها .

فالادعاء بحق أو بأية رابطة قانونية أمام القضاء ينقسم إذن إلى عنصرين : (١) عنصر الواقع ، وهو مصدر الحق المدعى به أى التصرف القانونى أو الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق ، وهذا العنصر وحده هو الذى يطالب المدعى بإثباته . (٢) عنصر القانون ، وهو استخلاص الحق من مصدره بعد أن يثبت المدعى هذا المصدر ، وهذا من عمل القاضي وحده . فهو الذى

يستخلص مما أثبته المدعى من تصرف قانونى أو واقعة قانونية الآثار التى يرتبها القانون على ذلك . ويخضع فى هذا الاستخلاص لرقابة محكمة النقض .

على أن القانون يصبح مسألة موضوعية . فيتعين على الخصم إثباته ، ولا يخضع القاضى فى تطبيقه لرقابة محكمة النقض . فى موضعين :

(ا) إذا كانت هناك قاعدة قانونية تقوم على العادة الاتفاقية (usage conventionnel) . وتعتبر شرطا مفروضا فى العقد لا حاجة إلى التصريح به ، فتصبح القاعدة فى هذه الحالة شرطاً من شروط العقد يتعين على من يتمسك به أن يقوم بإثباته . والمراد إثباته هنا ليس هو أن المتعاقدين قد ارتضيا القاعدة شرطا من شروط العقد ، فإن التراضى على ذلك مفروغ منه بحكم أن القاعدة تقوم على العادة التى ألفها الناس فى التعامل . ولكن الإثبات ينصب فى هذه الحالة على مجرد وجود العادة الاتفاقية وقيامها المادى (sa matérialité) ، وهذه واقعة مادية تثبت بجميع الطرق . ويخلص من ذلك أن التعرف على القاعدة التى تقوم على العادة الاتفاقية لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، بل يصبح مسألة واقع تستقل بها محكمة الموضوع . وهذا بخلاف القاعدة القانونية التى يكون مصدرها العرف (coutume) لا العادة (usage)) . فهذه مسألة قانون لا يثبتها الخصم ، بل على القاضى أن يستخلصها كما يستخلص سائر القواعد القانونية ، ويخضع فى استخلاصها لرقابة محكمة النقض .

(ب) إذا كان القانون المطبق قانونا أجنبيا بموجب قاعدة من قواعد الإسناد . مثل ذلك أن يطبق القاضى القانون الفرنسى فى الحكم بصحة عقد زواج فرنسى بفرنسية . فهنا توجد مسألتان : (١) مسألة قانون هى قاعدة الإسناد التى تقضى بالرجوع إلى القانون الفرنسى ، ويخضع القاضى فى تطبيقها لرقابة محكمة النقض . (٢) ومسألة واقع هى أحكام القانون الفرنسى الخاصة بصحة الزواج ، وهذه تكون محلا للإثبات . يكلف الخصم ذو المصلحة إثباتها . ومتى ثبتت وأخذ بها القاضى . فإنه لا يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض . ويعتبر القانون الأجنبى فى هذه الحالة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ويدخل فى ذلك رأى أهل العلم بالقانون الأجنبى والنصوص الرسمية لهذا القانون ومايقترن بهذه النصوص من تفسير فقهى وقضائى .

وعلى هذا قد جرى القضاء المصرى[1]. مقتديا فى ذلك بالقضاء الفرنسى[2].

---

(١) استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٥٥ – ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٧.

(٢) نقض فرنسى ٦ فبراير سنة ١٨٤٣ سيريه ١٨٤٣ – ١ – ٢٠٩ – ٦ مايوسنة ١٨٨٨ داللوز ١٨٨٨ – ١ – ٣٠٥ – ١٩ فبراير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٣٠ – ١ – ٤٩ – ٧ مارس سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨ – ٢٥٨ – ٢٢ مايو سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٤ – ١٤٥ – ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ – ٣٥٧.

والفقه فى فرنسا منقسم فى هذه المسألة . فريق يؤيد القضاء الفرنسى لأسباب ترجع فى الغالب لاعتبارات عملية ، إذ لا يتيسر للقاضى فى كثير من الأحوال أن يلم بالقانون الأجنبى (باتيفول فقرة ٣٢٣ ص ٣٤٠ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٤٧٩ – ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨٥ – بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٥ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٩ ص ٨٣١ – ص ٨٣٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٦٤) . وفريق آخر يعارض القضاء الفرنسى ويعتبر تطبيق قانون أجنبى مسألة قانون لا مسألة واقع ، لأن القانون لا تتحول طبيعته فيصبح واقعا لمجرد أن قاضيا أجنبيا يطبقه بموجب قاعدة إسناد فى قانونه الوطنى (مورى فى القواعد العامة فى تنازع القوانين ص٦٩ – بارتان فى مبادئ القانون الدولى الخاص ١ فقرة ١٠٧ – ڤاليرى فقرة ٤٣٩ – أرما نجون ١ فقرة ١٤١) .

والفقه فى مصر منقسم انقسام الفقه فى فرنسا . ولكن أكثر الفقه المصرى على أن تطبيق القانون الأجنبى يعتبر مسألة من مسائل القانون (عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٩ – ص ٣٠ – محمد عبد المنعم رياض فى مبادئ القانون الدولى الخاص طبعة ثانية فقرة ٤٣٢ – فقرة ٤٣٣ – حامد زكى فى القانون الدولى الخاص المصرى طبعة أولى فقرة ١٦٧ – فقرة ١٦٨ – أحمد نشأت فقرة ٢٠ – سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٩ ص ١٨). والقليل يذهب إلى أن تطبيق القانون الأجنبى يعتبر مسألة من مسائل الواقع (عبد السلام ذهنى فى نظرية الإثبات ١ ص ٩٤ – عبد الباسط جميعى ص ٥٥ – ص ٥٧) – ونحن لا نتردد فى اعتبار تطبيق أحكام القانون الأجنبى مسألة قانون لا مسألة واقع ، فإن القاضى إذا أمره قانونه الوطنى بتطبيق أحكام قانون أجنبى ، وجب أن يعتبر أحكام هذا القانون الأجنبى بالنسبة إلى القضية التى يطبق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطنى. فعليه إذن أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق فى هذه القضية ، وله أن يصدر فى هذه الأحكام عن علمه الشخصى ، ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبى بدعوى عدم إمكان الاهتداء إليها وإلا عد امتناعه نكولا عن أداء العدالة (deni de justice) . بل ويكون فى تطبيقه لأحكام القانون الأجنبى ، كما هو فى تطبيقه لقاعدة الإسناد التى أمرته بتطبيق هذه الأحكام ، خاضعا لرقابة محكمة النقض . وتفسر هذه المحكمة القانون الأجنبى لا طبقاً لرأيها الشخصى ، بل وفقاً لما تفسره به محاكم البلد الذى ينسب اليه هذا القانون وبخاصة المحكمة العليا منها . ونحن إنما نذهب إلى هذا الرأى لأنه لا يصح أن تتغير طبيعة القانون فيصبح واقعا ، سواء كان هذا القانون قانونا وطنيا أو كان قانونا أجنبيا يأمر القانون الوطنى بتطبيقه فيصبح جزءاً منه فى حدود هذا التطبيق . والذى دعا إلى القول بنزول مرتبة القانون الأجنبى إلى حد أن يكون واقعا لا قانونا أمران : (الأمر الأول) يرجع إلى التاريخ ، فقد كان القانون الأجنبى فى الماضى =

٥٩٠ — الشروط الواجب توافرها فى محل الإثبات : هناك شروط بديهية يكفى مجرد الإشارة إليها ، وهى أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة (déterminé) وغير مستحيلة (possible)[١] وغير معترف بها .

وهناك شروط أساسية هى أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به (pertinent) ، وأن تكون منتجة فى الإثبات (concluant) ، وأن تكون جائزة الإثبات قانونا (admissible) . وهذه هى الشروط التى نبحثها على التعاقب .

٥٩١ — الواقعة متعلقة بالحق المطالب به : إذا كانت الواقعة المراد إثباتها هى ذاتها مصدر الحق المطالب به ، كما إذا تمسك البائع بعقد البيع للمطالبة بالثمن ، فإن الواقعة فى هذه الحالة لا يمكن إلا أن تكون متعلقة بالحق المطالب به ، وهى فى الوقت عينه منتجة فى الإثبات . ومن ثم لا يظهر ظهوراً واضحاً أهمية هذين الشرطين — كون الواقعة متعلقة بالحق وكونها منتجة فى الإثبات — فى هذه الحالة وهى حالة الإثبات المباشر (preuve directe) . وإنما تظهر أهميتها فى حالة الإثبات غير المباشر (preuve indirecte) إذا انصب الإثبات ، لا على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على

= لا يعامل معاملة القانون الوطنى ، وإذا أجيز تطبيقه فعلى اعتبار أنه واقع لا قانون . وكان هذا يرجع إلى نظرية عتيقة تقول بأن القانون الأجنبى إنما يطبق على سبيل المجاملة الدولية (ex comitate gentunm) ، وقد هجرت هذه النظرية ، وعفا عليها الزمن . (والأمر الثانى) يرجع إلى العمل ، فقد يصعب فى بعض الأحوال أن يهتدى القاضى من تلقاء نفسه إلى أحكام القانون الأجنبى ، ومن ثم كان تكليف الخصم بإثبات هذه الأحكام تيسيرا لمهمته . لكن هذه الحجة لا تصلح سببا لتغيير طبيعة القانون . على أن مهمة القاضى فى هذا الصدد ، بعد انتشار العلم بالقوانين الأجنبية وازدياد المراجع التى يمكن الانتفاع بها فى تحصيل هذا العلم ، لم تصبح من العسر على ما كانت عليه فى الماضى . ولا يوجد ما يمنع القاضى من الاستعانة بالخصم صاحب المصلحة فى الاهتداء إلى أحكام القانون الأجنبى ، على أن يبقى القاضى هو صاحب القول الفصل فى التعرف على أحكام هذا القانون ، خاضعا فى ذلك لرقابة محكمة النقض .

(١) ويلاحظ أن الواقعة السلبية المحددة لا يستحيل إثباتها . مثل ذلك شخص يطالب آخر برد غير المستحق ويثبت أنه لم يكن مدينا بما دفعه للمدعى عليه . فهنا الواقعة السلبية محددة . وهى عدم المديونية فى دين معين ، وما على المدعى إلا أن يثبت أن هذا المدين الذى دفعه مصدره عقد باطل أو عقد قد فسخ أو أن الدين قد سبق الوفاء به أو نحو ذلك (انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠).

واقعة أخرى قريبة منها . ذلك أن الإثبات غير المباشر يقوم على فكرة تحويل الدليل (déplarcement de preuve) من الواقعة الأصلية إذ يتعذر إثباتها ، إلى واقعة بديلة هي التي يتيسر فيها الإثبات . فلابد في هذه الحالة – حالة الإثبات غير المباشر بتحويل الدليل – أن تكون الواقعة البديلة وهي الواقعة المراد إثباتها . لا فحسب قريبة (voisin) من الواقعة الأصلية . بل يجب أيضاً أن تكون متصلة (connexe) بهااتصالا وثيقاً . وهذا الاتصال الوثيق هو الذي يجعل الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به . إذ أن اتصالها بالواقعة الأصلية التي هي مصدر الحق يجعل إثباتهامتعلقا بإثبات الواقعة الأصلية ، فيصبح إثبات الواقعة البديلة من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال . مثل ذلك أن يقدم المستأجر مخالصات بالأجرة عن جميع المدد السابقة على المدة التي يطالبه المؤجر بأجرتها ، ويرمى من وراء ذلك أن يثبت أنه يدفع الأجرة بانتظام ولم يخل بالتزامه طوال المدد السابقة . فهذه واقعة متصلة بواقعة الوفاء بالأجرة عن المدة المطالب بأجرتها ، فهى إذن متعلقة بالدعوى . ولكنها غير منتجة في الإثبات لأن دفع الأجرة عن مدد سابقة لايفيد دفعها عن مدة لاحقة . وقد تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة أيضاً في الإثبات ، كأن يقدم المستأجر مخالصات بالأجرة عن مدد لاحقة للمدة التي يطالب المؤجر بأجرتها ، فهذه واقعة ليست هي ذاتها واقعة الوفاء بالأجرة المطالب بها ، بل هي واقعة متصلة بها فهي متعلقة بالدعوى ، ثم هي منتجة في الإثبات فان التقنين المدني « م ٥٨٧ » يعتبرها قرينة على الوفاء بالأجرة المطالب بها إلا إذا أثبت المؤجر عكس ذلك .

وكون الواقعة متعلقة بالدعوى مسألة موضوعية ، لا تخضع لرقابة محكمة النقض .

٥٩٢ — الواقعة منتجة في الإثبات : رأينا في الأمثلة المتقدمة متى تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ، ومتى تكون منتجة في الإثبات . فالواقعة المتعلقة بالدعوى هي الواقعة البديلة ، التي يكون إثباتها من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال. والواقعة المنتجة في الإثبات هي الواقعة البديلة . التي يؤدى إثباتها إلى إثبات الواقعة الأصلية . ويتبين من ذلك أن إنتاج

الواقعة فى الإثبات مرتبة أعلى من تعلق الواقعة بالدعوى . فكل واقعة متعلقة بالدعوى لا تكون حتماً منتجة فى الإثبات ، ولكن كل واقعة منتجة فى الإثبات تكون حتماً متعلقة بالدعوى . فمن طالب بملكية عين وتقدم بواقعة التقادم الطويل سبباً للملكية ، إذا ادعى أنه حاز العين مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه واقعة منتجة فى الإثبات بل هى الواقعة الأصلية ذاتها ، وهى بالضرورة متعلقة بالدعوى . أما إذا ادعى أن حيازته للعين كانت لمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه واقعة متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة فى الإثبات .

وقد يقال لماذا يشترط فى الواقعة هذان الشرطان معاً ، وأحدهما وهو الإنتاج يستغرق الآخر . فكان يكفى أن يشترط وحده ؟ وهذا صحيح من الناحية النظرية . ولكن يحسن ، من الناحية العملية ، فصل الشرطين أحدهما عن الآخر . فقد يطالب الخصم إثبات واقعة يتضح من أول وهلة أنها متعلقة بالدعوى . فهذا يكفى لقبول إثبات هذه الواقعة قبولا مبدئيا ، حتى إذا تبين فيما بعد أنها غير منتجة فى الإثبات ، رفض القاضى استمرار السير فى إثبات الواقعة ، أو أضاف إليها وقائع تتساند معها . أما إذا أدمج الشرطان فى شرط واحد ، وكان لابد من أن تكون الواقعة منتجة من مبدأ الأمر ، لم يستطع القاضى قبول إثبات الواقعة قبولا مبدئيا ، فيتعطل بذلك طريق الإثبات .

وكون الواقعة منتجة فى الإثبات مسألة موضوعية ، لا تخضع لرقابة محكمة النقض .

٥٩٣ — الواقعة جائزة الإثبات قانونا : ويجب أخيراً أن تكون الواقعة جائزة الإثبات قانونا . والقانون قد لا يجيز إثبات واقعة تحقيقا لأغراض مختلفة . ومن هذه الأغراض ما يمت إلى النظام العام والآداب ، كالمحافظة على سر المهنة وتحريم دين المقامرة والربا الفاحش وبيع المخدرات وعدم جواز إثبات صحة القذف . وقد تمتُّ هذه الأسباب إلى الصياغة الفنية ، كما هو الأمر فى الوقائع التى تصطدم مع قرينة قاطعة قررها القانون ، مثل ذلك حجية الأمر المقضى فلا يجوز إثبات واقعة مخالفة لما هو ثابت فى حكم قضائى .

وكون الواقعة جائزة الإثبات قانونا مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، لأن عدم جواز إثبات الواقعة يرجع دائما إلى حكم فى القانون يمنع

من هذا الإثبات . وهذا بخلاف كون الواقعة متعلقة بالدعوى وكونها منتجة في الإثبات ، فقد رأينا أنهما من المسائل الموضوعية فلا يخضعان لرقابة محكمة النقض .

ثانيا – عبء الإثبات

٥٩٤ – أهمية تعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين : تعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين ، في كثير من الدعاوى ، يكاد يتوقف عليه مصير الدعوى . فقد يكون الحق متراوحا بينهما لا يستطيع أي منهما أن يثبته أو ينفيه . فإلقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه . فيعنينا اذن أن نبين من يحمل عبء الإثبات . وهذه مسألة لها ناحيتان : ناحية المبدأ وناحية التطبيق .

(١) – عبء الإثبات من ناحية المبدأ :

٥٩٥ – البينة على من ادعى واليمين على من أنكر : تنص المادة ٣٨٩ مدني على ما يأتي : « على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخالص منه »(١).

والأصل أن المدعي هو الذي يحمل عبء الإثبات ، سواء كان دائنا يدعي ثبوت الدائنية أو مدينا يدعي التخلص من المديونية كما تقول المادة ٣٨٩ مدني . ولكن يبقى أن نحدد على وجه الدقة من هو المدعي . هو أولا من يرفع الدعوى على الغير يطالب بحق معين . ولكن ليس من الضروري أن يكون المدعي هو من يرفع الدعوى ، فقد يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع فيصبح مدعيا في هذا الدفع وعليه يقع عبء إثباته . فيمكن إذن ، لأول وهلة ، أن نقول إن من يحمل عبء الإثبات هو المدعي في الدعوى والمدعى عليه في الدفع(٢) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري لا مقابل – الليبي م ٣٧٦ (مطابق) – العراقي م ٤٤٤ – ٤٤٨ (موافق) – اللبناني م ٣٦٢ (موافق) .

(٢) نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠ ص ٣٩ – ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠ .

٥٩٦ — البينة على من يدعى خلاف الأصل : ولكن قد يقع أن المدعى حتى فى الدعوى التى رفعها لايكلف بالإثبات ، بل يكلف به خصمه وفقا لطبيعة وضع كل منهما . فمن رفع دعوى على جاره ، يطالبه بسد مطل ، لايكلف — وهو المدعى فى الدعوى — بإثبات أن جاره فتح المطل دون أن يكون له حق ارتفاق . بل الجار — وهو المدعى عليه — هو الذى عليه أن يثبت أن له حق ارتفاق يجيز فتح المطل . وقد وضعت قاعدة فى هذا الصدد تستجيب لطبائع الأشياء . هى أن من يتمسك بالثابت أصلا لا يكلف بإثباته . أما من يدعى خلاف الأصل فعليه هو يقع عبء إثبات ما يدعيه[١] .

ففى نطاق الحقوق الشخصية . الأصل هو براءة الذمة من كل التزام . فمن يتمسك بالأصل ، لا إلزام عليه . ومن يدعى خلاف الأصل ، بأن يدعى دينا فى ذمة الغير فعليه أن يثبت مصدر هذا الدين . ويتفرع على ذلك مواقف عدة يختار القانون وضعا يعتبره هو الأصل . من ذلك الأهلية . فالأصل فيها أن كل شخص أهل للتعاقد ، ومن يدعى عدم الأهلية يحمل عبء الإثبات . ومن ذلك أيضاً أسباب بطلان العقد وأسباب انقضائه . فالأصل فيها أن يكون العقد خاليا منها ، ومن يدعى قيام أحد هذه الأسباب فعليه إثباته . ومن ذلك أخيراً إجازة العقد القابل للإبطال . فالأصل فيها عدم الإجازة ، ومن يدعى الإجازة فعليه أن يثبتها[٢] .

وفى نطاق الحقوق العينية . الأصل هو الظاهر . فالحائز للعين لايطالب بإثبات ملكيتها لأن الظاهر هو أن الحائز مالك . والخارج الذى يدعى ملكية العين هو الذى يدعى خلاف الظاهر . فعليه هو يقع عبء الإثبات[٣] . وكذلك

---

(١) ومن قبيل ادعاء خلاف الأصل أن يتمسك شخص بتثبيت ملكيته لأرض ملتصقة بأطيانه على أساس أن هذا الالتصاق كان نتيجة اطمى جلبه النيل ، فعليه يقع عبء إثبات توافر شروط التملك فى هذا النوع من الالتصاق (نقض مدنى ١١ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٢ ص ١٤٨).

(٢) نقض مدنى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣

(٣) نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٦ ص ٧٢٣ — ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣—٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٣ =

الظاهر أن حق الملكية خال من أى حق عينى يثقله . فالمالك إذا تمسك بهذا الظاهر لايطالب بإثباته ، ومن يدعى خلاف الظاهر بأن يدعى أن له حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن مثلا ، كان عليه هو أن يثبت ما يدعيه ولو كان مدعى عليه فى الدعوى الأصلية(١) .

وقد يحل محل الأصل فى نطاق الحقوق الشخصية ومحل الظاهر فى نطاق الحقوق العينية وضع يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة قانونية يقيمها ، فيكون الثابت فرضاً كالثابت أصلا وكالثابت ظاهراً . مثل ذلك ، فى نطاق الحقوق الشخصية ، المدعى بدين لايكلف إثبات سببه المشروع لأن القانون فرض أن يكون لكل دين سبب مشروع ، وينقل عبء الإثبات هنا إلى المدين فعليه هو أن يثبت أن الدين سببه غير مشروع (م ١/١٣٧ مدنى) . ومثل ذلك ، فى نطاق الحقوق العينية ، أن توضع قيود معينة تحد من حق مالك الأرض فى البناء عليها ، فالمدعى الذى يرفع دعوى على المالك متمسكاً بأن هذه القيود هى حقوق ارتفاق لامجرد التزامات شخصية لايكلف بإثبات ذلك ، لأن القانون أقام قرينة على أن هذه القيود هى حقوق ارتفاق ، فإذا أراد المالك أن ينفى أنها حقوق ارتفاق متمسكاً بأنها ليست إلا التزامات شخصية انتقل إليه هو عبء الإثبات (م ١/١٠١٨ مدنى) .

ويخلص من ذلك أن كل من يتمسك بالثابت أصلا أو ظاهراً أو فرضاً لا يقع عليه عبء الإثبات ، وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعى خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض(٢) .

= ص ٣١٦-١٢ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٦ ص ٥٣٨ - ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٥ ص ٣٤١ - ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٦ ص ٥٦٠ - استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٣ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢١ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العقارات بالتخصيص تباع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه (نقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٢ ص ٤٢٠) .

(٢) نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٧٥ - ٢٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٩٩ ص ٦٥٢ - ١٤ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤٠ ص ٣١٣ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ .

وغنى عن البيان أن تحديد من يحمل عبء الإثبات مسألة قانونية ، تخضع لرقابة محكمة النقض .

(ب) — عبء الإثبات من ناحية التطبيق :

٥٩٧ — كيف يقوم بالإثبات من يحمل عبئه : متى تعين أى الخصمين يحمل عبء الإثبات وفقاً للمبادئ التى قدمناها ، كان هذا الخصم هو المكلف بإثبات صحة ما يدعيه . فإذا ادعى شخص أنه أقرض شخصاً آخر مبلغاً من المال ، فعليه أن يثبت عقد القرض . ومتى أثبته كان من الثابت أصلا أنه خال من أسباب البطلان ومن أسباب الانقضاء ، فإذا ادعى المدين أن العقد قد لحقه سبب منها فعليه هو أن يثبت ذلك كما أسلفنا .

ونرى من ذلك أن عبء الإثبات لا يثقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر ، بل هو يوزع بينهما على النحو المتقدم . وقد يقع هذا التوزيع بحكم الواقع بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضى عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه ، وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينتقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر .

٥٩٨ — توزيع عبء الإثبات بحكم الواقع عن طريق قرائن قضائية : مثل ذلك شخص يريد أن يثبت صورية عقد صدر من أب إلى ولده ، فيثبت إلى جانب علاقة البنوة أن الولد صغير السن عديم الكسب ليس له مال ظاهر يسمح بدفع الثمن المذكور فى العقد أنه قد دفع . فتقوم قرينة قضائية على أن واقعة دفع الثمن واقعة صورية ، فينقل القاضى عبء عبء الإثبات إلى الأب ليثبت مصدراً معينا دفع منه الولد الثمن ، أو أن حقيقة العقد هبة فى صورة بيع وعندئذ يكون له حكم الهبة لا حكم البيع .

ومثل ذلك أيضاً موظف فصل من وظيفته ، فيرفع دعوى على الحكومة يقول فيها إن فصله كان تعسفياً . ولما كان هو الذى يحمل عبء إثبات التعسف ، فإنه يستطيع فى هذا السبيل أن يطلب ضم ملف خدمته ليثبت منه تقدير الرؤساء لكفايته وخلقه . فإذا أمكنه من هذا الطريق أن يثبت ألا غبار عليه من ناحية الكفاية ومن الناحية الخلقية ، نقل القاضى عبء الإثبات إلى الحكومة لتقول

بدورها لأى سبب بالذات قد فصلته . فإن ذكرت الحكومة سبباً معينا لفصله ، نقل القاضى عبء الإثبات إلى المدعى ليثبت أن هذا السبب غير صحيح أو أنه لا يكفى بفرض صحته لنفى التعسف . وهكذا يتناوب الموظف والحكومة الإثبات إلى أن يعجز أحدهما عن أن يرد عبء الإثبات إلى صاحبه ، فيكون هو المحكوم عليه فى الدعوى .

٥٩٩ — توزيع عبء الإثبات بحكم القانون عن طريق قرائن قانونية : مثل ذلك أن يريد الدائن إثبات إعسار المدين . فهنا يتكفل القانون بتحليل عناصر الإثبات وتوزيعها على الخصمين عن طريق إقامة قرائن قانونية . فقد نصت المادة ٢٣٩ مدنى على أنه « إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون . وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . فالدائن إذن يحمل عبء إثبات مقدار ما فى ذمة المدين من ديون . وعندئذ ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ويكون عليه أن يثبت أن له مالا يفى بمجموع هذه الديون . وبمقدار كثرة الديون التى يستطيع الدائن إثباتها فى ذمة المدين يثقل عبء المدين فى إثباته أن ماله يفى بديونه . فإن عجز عن هذا الإثبات اعتبر معسراً .

ومثل ذلك أيضاً أن يريد الحائز أن يثبت أنه كسب الملكية بالتقادم ، فهنا كذلك يتكفل القانون بتوزيع عناصر الإثبات على الخصمين . فقد نصت المادة ٩٧١ مدنى على أنه « إذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » . فالحائز يحمل عبء إثبات أن حيازته بدأت فى وقت معين ، وأنها قائمة حالا . وهنا يقيم القانون قرينة على أن الحيازة استمرت قائمة فى المدة ما بين الزمنين ، وينتقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ويكون عليه أن يثبت أنها انقطعت فى هذه المدة أو وقفت .

ونرى من ذلك أن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ليست فى الواقع إلا توزيعا لعبء الإثبات بين الخصمين ، يتكفل به القانون[1] .

---

(١) ويجوز لخصم لم يكن فى الأصل مكلفاً بإثبات واقعة أن يتطوع لإثباتها . فإذا أجابه القاضى إلى طلبه فليس له بعد ذلك أن يحتج بأنه غير مكلف قانونا بالإثبات (انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣) .

٦٠٠ — من يحمل عبء الإثبات إنما يثبت حقيقة راجحة لا حقيقة مطلقة :
ونرى مما سبق بيانه أن من يحمل عبء الإثبات ليس مطالبا فى الواقع من الأمر بإثبات كامل قاطع . وليست الحقيقة القضائية التى يتولى إثباتها بالحقيقة المطلقة . فالقانون لايطلب المستحيل . وإنما يكتفى ممن يحمل عبء الإثبات أن يقنع القاضى بأن الأمر الذى يدعيه أمر راجح بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلا . وينفى القاضى ما بقى من شك يحوم حول وقوع الأمر بأن ينقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر . ليثبت أنه . بالرغم من الظواهر التى ترجح وقوع الأمر . توجد قرائن أخرى تجعل الراجح مرجوحا . ثم يرد عبء الإثبات إلى الخصم الأول . ليهدم هذه القرائن بقرائن أخرى تعيد للأمر كفة الرجحان . وهكذا يتقاذف الخصمان الكرة . كل منهما يدفعها إلى صاحبه . إلى أن يعجز أحدهما عن ردها ، فتسقط من يده ، ويسجل على نفسه الخسارة .

ثالثا — طرق الإثبات

٦٠١ — طرق الإثبات التى رسمها القانون وقوة كل طريق منها :
طرق الإثبات التى رسمها القانون ستة : (١) الكتابة (écrit) (٢) الشهادة أو البينة (témoignage) (٣) القرائن (présomptions) (٤) الإقرار (aveu) (٥) اليمين (serment) (٦) المعاينة (constatation) .

ونستبعد المعاينة — سواء ما تعلق منها بانتقال المحكمة للمعاينة (visite des lieux) أو ما تعلق بالمعاينة الفنية التى يقوم بها الخبراء (expertise)[١] —

---

(١) والالتجاء إلى الخبراء فى المسائل الفنية واجب . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى فى المسائل الفنية بعلمها . بل يجب الرجوع فيها إلى أصل الخبرة . وإذن فتى كان الحكم لم يفصح عن المصدر الذى استقى منه ما قرره من أن الورم الذى كان بقدم المورث لا علاقة له بسرطان الكلية ، وأنه وليد زلال أو تعب فى القلب ، وكانت هذه المعلومات لا تعتبر من قبيل الشؤون العامة المفروض علم الكافة بها وإنما من المعلومات الفنية التى لا تتوافر لغير أهل الخبرة من الأطباء ، فإنه لا يجوز بناء حكم عليها إذا كانت صادرة عن علم شخصى للقاضى (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٦٦ ص ٣٩٥) . =

من بين موضوعات القانون المدنى ، إذ هى لاتنطوى إلا على إجراءات اصطلح على جعلها كلها من مباحث قانون المرافعات .

والكتابة من أقوى طرق الإثبات . ولها قوة مطلقة إذ يجوز أن تكون طريقاً لإثبات الوقائع القانونية والتصرفات القانونية على السواء . ولم تكن لها هذه القوة قديما ، بل كان المقام الأول للشهادة فى وقت كانت الغلبة فيه للأمية . ثم أخذت الكتابة تنتشر . فعلت على الشهادة . ومن مزاياها أنه يمكن إعدادها مقدما للإثبات منذ نشوء الحق . ولذلك سميت بالدليل المعد (preuve préconstituée) . وقد أوجبها القانون بوجه عام طريقاً للإثبات فى الأحوال التى يمكن فيها إعدادها مقدما . وهى الأحوال التى يكون فيها مصدر الحق تصرفا قانونيا . أما الواقعة القانونية وهى عمل مادى فقد لايتيسر إعداد كتابة لإثباتها . لذلك يجوز بوجه عام إثباتها بجميع طرق الإثبات لا بالكتابة وحدها . ومن مزايا الكتابة أيضاً أنها لايتطرق إليها من عوامل الضعف ما يتطرق إلى الشهادة . فالشهود يجوز عليهم الكذب وتعوزهم الدقة وتتعرض ذاكرتهم للنسيان . على أن الكتابة إذا خلت مما يلحق الشهادة من كذب أو اضطراب أو نسيان ، لا تخلو هى أيضاً من احتمال التزوير . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات معينة للطعن فى الكتابة بالإنكار أو بالتزوير.

أما الشهادة أو البينة فقد كانت من أقوى الأدلة فى الماضى كما قدمنا ، ثم نزلت للأسباب التى بيناها إلى مكان أدنى . فهى طريق للإثبات ذو قوة محدودة . إذ لايجوز إثبات التصرفات القانونية بها إلا فى حالات استثنائية ، وتثبت بها الوقائع القانونية لأنها أعمال مادية فجاز إثباتها بالبينة لموقع الضرورة.

= ومتى اطمأنت المحكمة إلى تقرير الخبير . وأخذت به للأسباب الواردة فيه ، وكانت تلك الأسباب سائغة وتؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ، فإن ما يثار من قصور الحكم المطعون فيه لإقامة قضائه على هذا الدليل لا يعدو أن يكون جدلا فى تقدير المحكمة للدليل الذى اعتمدت عليه ، مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض (نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ ص ٧٤٢) . ولا تتقيد المحكمة برأى الخبير ، وليست بحاجة إلى إيراد أسباب مستقلة للرد بها على تقريره (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٨٥ ص ١٢٨٨)– ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٨٢ ص ١٢٧٤–٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٨٥ ص ١٢٨٨ .

وقد حاطها المشرع بضمانات عدة . فرسم إجراءات دقيقة لسماع الشهود . وفرض عقوبة على شهادة الزور . وترك للقاضي التقدير الأعلى في الأخذ بها أو اطراحها .

أما القرائن فهي طريق للإثبات غير مباشر . لأن الخصم لايثبت بها الواقعة ذاتها محل النزاع . بل واقعة أخرى متصلة بها يرى القانون أو القاضي أن في إثباتها إثباتا للواقعة الأولى . والقرائن القضائية . وهي التي يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها . إذا كانت تقوم على وقائع مادية ملموسة لايتطرق إليها الكذب أو الاضطراب كما يتطرق إلى الشهادة . إلا أنها تقوم على أساليب دقيقة من الاستنباط لا يؤمن فيها العثار . ومن ثم جعلت هذه القرائن . من حيث قوتها في الإثبات . بمنزلة الشهادة ذات قوة محدودة . ولايجوز قبولها إلا حيث تقبل الشهادة . وهناك قرائن قانونية يقررها القانون بنص . وهي إما أن تكون قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس . أو قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها . والقرينة القانونية تعفي من إثبات الواقعة الأصلية بإثبات الواقعة البديلة . وهذا الإعفاء يكون موقتا في القرينة البسيطة ونهائيا في القرينة القاطعة . فالقرائن القانونية ليست إذن طريقاً للإثبات . بل هي طريق للإعفاء من الإثبات . شأنها في ذلك شأن الإقرار واليمين .

أما الإقرار فإنه إذا صدر من الخصم على نفسه بحق لخصمه لا يكون في الواقع من الأمر طريقاً لإثبات هذا الحق . بل إعفاء من إثباته . ونزولا من الخصم عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات مايدعيه . ولما كان الإقرار نزولا عن حق المطالبة بالإثبات . فهو من جهة يقبل في الوقائع المادية والتصرفات القانونية على السواء . وهو من جهة أخرى يكون حجة قاصرة على المقر دون غيره . فهو وحده الذي نزل عن حق المطالبة بالإثبات . وقد يكذب في إقراره فيقر بشيء في حق نفسه تخلصا مما هو أشد إلحاقا للضرر بغيره . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات خاصة تمهد للإقرار . هي إجراءات استجواب الخصوم (interrogatoire) واستحضارهم شخصيا أمام القاضي (comparution personnelle) .

بقيت اليمين . وهي إذا حلفها من وجهت إليه فقد ثبت حقه بيمينه ،

وإذا نكل دون أن يردها فقد ثبت حق خصمه بهذا النكول . وإن ردها إلى الخصم فحلف فقد ثبت حق الخصم بيمينه ، وإذا ردها إلى الخصم فلم يحلف فقد ثبت حقه بنكول خصمه . على أن الواقع من الأمر أن اليمين كالإقرار ليست طريقاً للإثبات بل إعفاء منه . لأن توجيه اليمين إلى الخصم أوردها عليه هو احتكام إلى ذمته . فإن حلف كان هذا محملا للحق ، وإن نكل كان هذا بمثابة الإقرار . ومن ثم يقبل توجيه اليمين في الوقائع المادية والتصرفات القانونية على السواء . شأن اليمين في ذلك شأن الإقرار . وقد رسم قانون المرافعات الإجراءات اللازمة في تحليف اليمين.

٦٠٢ — **الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات** : ونرى مما تقدم أن القانون قد عين طرق الإثبات المختلفة . وحدد لكل طريق قوته بموجب قواعد وضعها لذلك . فهل هذه القواعد قابلة للتعديل باتفاق الخصوم . أم هي من النظام العام لايجوز الاتفاق على ما يخالفها ؟

يذهب الفقه الفرنسي إلى أنها من النظام العام فلايجوز الاتفاق على ما يخالفها . لأن طرق الإثبات تتعلق بحسن تنظيم سير القضاء ، فهي إذن قواعد تتعلق بالنظام العام . ولكن القضاء الفرنسي يذهب إلى القول بصحة الاتفاق على تعديل هذه القواعد . إلا ما كان منها واضحا في أنه من النظام العام كالقواعد الخاصة بإثبات الميلاد والوفاة والزواج والنسب والقواعد الخاصة بوجوب مناقشة الأدلة التي يقدمها الخصوم وبقوة الأوراق الرسمية ونحو ذلك . ومن ثم فقد حكم القضاء الفرنسي بجواز الاتفاق على الإثبات بطريق أيسر مما قرره القانون كالبينة بدلا من الكتابة[1] ، أو بطريق أصعب[2] ، أو بطريق لم يرسمه القانون[3] .

أما في مصر فيمكن القول بأن الفقه يذهب إلى أن أكثر قواعد الإثبات لاتعتبر من النظام العام . يوجد حقا من هذه القواعد ماتوحي طبيعته أنه من النظام العام . كأن تكون الورقة الرسمية حجة على الناس كافة إلى أن يطعن فيها بالتزوير ، وكأن تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها الثابت ،

---

(١) نقض فرنسي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٠

(٢) نقض فرنسي ٨ أغسطس سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٤٨١

(٣) نقض فرنسي ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ — ١ — ٤٠٢

ولكن أكثر القواعد لاتعتبر من النظام العام فيصح الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم يجوز الاتفاق على ألاّ تكون للرسائل الموقع عليها ولا للبرقيات ولا للدفاتر والأوراق المنزلية قوة الورقة العرفية من حيث الإثبات . ويجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة حيث يجيز القانون الإثبات بالبينة ، أو أن يكون الإثبات بالبينة حيث يحتم القانون الإثبات بالكتابة [1] . ذلك أن إثبات الحق لايزيد في الخطر عن الحق ذاته . ومادام صاحب الحق يستطيع النزول عنه ، فكيف لايستطيع الاتفاق مع خصمه على طريق معين لإثباته ! وسنعود فيما يلي إلى هذه المسألة فيما يتعلق بجواز الاتفاق على مخالفة القاعدة التى تقضى بوجوب الإثبات بالكتابة [2].

٦٠٣ — سلطة محكمة النقض فيما يتعلق بطرق الإثبات : تعيين طرق الإثبات ، وبيان متى يجوز استعمال كل منها ، وتحديد قوة كل طريق من هذه الطرق ، هذه جميعها مسائل قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . ولكن متى قبل القاضى طريق الإثبات الذى رسمه القانون فى الوضع الذى أجازه فيه وجعل له قوته المحددة قانونا ، فإن تقدير مبلغ اقتناع القاضى بالدليل يعتبر من المسائل الموضوعية التى لا تعقيب لمحكمة النقض عليها [3] . وأخص

---

(١) وكان القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق يميز بين الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يبيح القانون الإثبات بالبينة وهذا اتفاق جائز ، وبين الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يحتم القانون الإثبات بالكتابة ، وهذا كان القضاء يجيزه إذا تم بعد وقوع الخصومة ، ولا يجيزه إذا أبرم مقدما قبل وقوع الخصومة . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى (انظر ما يلى فقرة ٧٠٢) . وقد قضى بأن الاتفاق فى سند المديونية على عدم أحقية المدين فى توجيه اليمين الحاسمة إلى دائنه عن السداد اتفاق جائز قانونا لعدم مخالفته للنظام العام (أسيوط الكلية ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٣٧ ص ١٤٠٢) .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٧٠٢

(٣) نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٢ ص ١١٧ — ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٩ ص ١٣٢ — ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٥ ص ١٤٥ — أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٧ ص ١٤٦ — ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٤ ص ١٧٠ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥١ ص ٢٨٤ — ٢٨ ديسمبر =

ما يظهر ذلك فى قوة الإقناع التى تستمد من شهادة الشهود ، وفى القرائن القضائية التى يستنبطها القاضى من وقائع الدعوى وظروفها ، مادام قاضى الموضوع قد بين فى حكمه الاعتبارات المعقولة التى أسس عليها الحكم ، ولم يعتمد واقعة بغير سند ، ولم يستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلا[(١)].

٦٠٤ — **تقسيم طرق الإثبات:** توجد تقسيمات كثيرة لطرق الإثبات ، أهمها تقسيم هذه الطرق إلى طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق معفية من الإثبات . وهذا هو التقسيم الذى نقف عنده .

= سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ – أول مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ ص ٣٢٨ – ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٥ ص ٨١٥ – ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٥ ص ١١٨ – ٩ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٨ ص ٣٩٨ – ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٣ ص ٥٦٠ – ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٣ ص ٣٨٣ – ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٩ ص ٥٨٤ – ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٦ ص ١٤٣ – ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٠ ص ٢١٨ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٨ ص ٤٠٦ – ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ١٧٦ – ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٢ ص ٥٩٦ – ٤ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٥ ص ١١٠٨ – ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٢٥ ص ١٦٥ – ٢٦ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤١ ص ٢٥٩ – ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٦ ص ٣٠٣ – ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٨ ص ٥٨١ – ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤ (رفضت المحكمة الانتقال للمعاينة لوجود أدلة كافية لتكوين عقيدتها) – ٢١ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٤٣ ص ٢٨٥ (ندب خبير فى الدعوى من الرخص المخولة لقاضى الموضوع وله وحده تقدير لزوم هذا الإجراء أو عدم لزومه) – ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٦٢ ص ٣٩٨ (كالحكم السابق) – ١٠ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧٣ ص ٥١٥ – ١٨ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧٧ ص ٥٤٣ – ١٩ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٦٠ ص ٣٥٧ .

(١) بل للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات ، بشرط أن تبين أسباب العدول فى المحضر (م ١٦٥ مرافعات) . فلها أن تعدل عن استجواب الخصم بعد أن قررت استجوابه (نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٥ ص ١١٠٥) . ولها أن تعدل عن إلزام الخصم بتقديم ورقة معينة تحت يده (نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٣ ص ٢٤٤) .

فالطرق ذات القوة المطلقة هى الطرق التى تصلح لإثبات جميع الوقائع ، سواء كانت وقائع مادية أوتصرفات قانونية ، وأيا كانت قيمة الحق المراد إثباته . ولايوجد إلا الكتابة طريق ذو قوة مطلقة على هذا النحو.

والطرق ذات القوة المحدودة هى الطرق التى تصلح لإثبات بعض الوقائع القانونية دون بعض . وهذه هى البينة والقرائن القضائية ، إذ هى لاتصلح لإثبات التصرفات القانونية إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات إلا فى حالات استثنائية . وكذلك اليمين المتممة طريق للإثبات ذو قوة محدودة . فهى لاتصلح إلا لإتمام دليل ناقص .

والطرق المعفية من الإثبات هى الإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية. ولما كانت هذه الطرق تعفى من الإثبات ، فهى تصلح للإعفاء من إثبات أية واقعة مادية أو أى تصرف قانونى مهما بلغت قيمته ، فهى من هذه الناحية ذات قوة مطلقة .

ونتخذهذا التقسيم أساسا لاستعراض طرق الإثبات المختلفة فى فصول ثلاثة :

الفصل الأول فى طرق الإثبات ذات القوة المطلقة : الكتابة .

الفصل الثانى فى طرق الإثبات ذات القوة المحدودة : البينة والقرائن القضائية . أما اليمين المتممة فنعالجها مع اليمين الحاسمة ، لاتحاد أكثر القواعد التى تحكم كلا من اليمينين .

الفصل الثالث فى الطرق المعفية من الإثبات : الإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية .

الفصل الأول

طرق الإثبات ذات القوة المطلقة

الكتابة

٦٠٥ — أنواع الأوراق وقوتها فى الإثبات : الأوراق ، كأداة

للإثبات[١] . قسمان : (١) أوراق رسمية (actes authentiques) ، ويقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع مقررة . وهى كثيرة متنوعة . منها الأوراق الرسمية المدنية كتلك التى تثبت التصرفات . ومنها الأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية والقوانين والمعاهدات ، ومنها الأوراق الرسمية القضائية كعرائض الدعاوى وأوراق المحضرين ومحاضر الجلسات والأحكام . (٢) أوراق عرفية (actes sous seing privé) ، ويقوم بتحريرها الأفراد فيما بينهم . وهى نوعان : (أ) أوراق معدة للإثبات ، كالأوراق المعدة لإثبات التصرفات القانونية وتسمى أيضاً بالسندات . (ب) وأوراق غير معدة للإثبات . كدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية والرسائل والبرقيات .

والأوراق ، رسمية كانت أوعرفية ، لها حجية فى الإثبات يحددها القانون ، وهى تتفاوت قوة وضعفا . وأقوى الأوراق فى الإثبات هى الأوراق الرسمية . ثم الأوراق العرفية المعدة للإثبات ، ثم الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات .

٦٠٦ — الفروق ما بين الورقة الرسمية والورقة العرفية : تختلف الورقة الرسمية عن الورقة العرفية من ناحية الشكل . ومن ناحية الحجية فى الإثبات . ومن ناحية القوة فى التنفيذ .

١ — فمن ناحية الشكل : يشترط فى الورقة الرسمية أن يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع مقررة . أما الورقة العرفية فالشرط الوحيد

---

(١) يجب التمييز بين التصرف وأداة إثباته ، ويقوم لبس فى اللغة الفرنسية من شأنه أن يخلط بين الشيئين إذ يطلق عليهما اسم واحد : **acte** . وقد تسرب هذا اللبس إلى اللغة العربية ، فأطلق لفظ « العقد » على التصرف ، ثم استعمل اللفظ ذاته فى أداة الإثبات فقيل « عقد رسمى » و « عقد عرفى » وقصد بذلك الورقة الرسمية والورقة العرفية . وحتى لا يقوم هذا اللبس ، نقصر لفظ « العقد » على النوع المعروف من التصرفات القانونية . أما أداة الإثبات فلها لفظان فى اللغة العربية : السند والورقة . ولما كان لفظ « الورقة » أعم من لفظ « السند » ، إذ السند معناه الورقة المعدة للإثبات أى الدليل المهيأ (**preuve préconstituée**) ، فالأولى أن نقف عند لفظ « الورقة » . ونستعمل هذا اللفظ فى الأدلة الكتابية جميعا سواء أعدت للإثبات أو لم تكن معدة . ونقول « الورقة الرسمية » و « الورقة العرفية » ، قاصدين بذلك الدليل الكتابى الذى يثبت به التصرف ، ولو لم يكن معداً للإثبات كالرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية .

لصحتها هو توقيع المدين هذا إذا كانت معدة للإثبات . أما إذا لم تكن معدة فلا ضرورة حتى لهذا التوقيع .

٢ — ومن ناحية الحجية في الإثبات : كل من الورقة الرسمية والورقة العرفية حجة على الكافة : (أولا) من حيث صدورها من موقعها . ولكن الورقة الرسمية لاتسقط حجيتها هنا إلا عن طريق الطعن بالتزوير . أما الورقة العرفية فيكفى فيها إنكار الخط أو التوقيع . (ثانيا) من حيث صحة ما ورد فيها . ولكن الورقة الرسمية حجة إلى حد الطعن بالتزوير فيما ورد على لسان الموظف العام أنه علمه بنفسه . أما صحة ماقرره رواية عن الغير فيجوز دحضها بإثبات العكس . وتاريخ الورقة الرسمية حجة على الجميع إلى حد الطعن بالتزوير . أما الورقة العرفية فيجوز دحض ما ورد فيها جميعا بإثبات العكس . وتاريخ الورقة العرفية يكون حجة على موقعيها ولكنه لايكون حجة على الغير إلا إذا كان تاريخا ثابتا .

٣ — ومن ناحية القوة في التنفيذ : الورقة الرسمية تمكن التنفيذ بها مباشرة دون حاجة إلى حكم . ويكون ذلك بالصورة التنفيذية للورقة . أما الورقة العرفية فليست لها قوة تنفيذية . بل يجب على الدائن الحصول على حكم قابل للتنفيذ بموجب هذه الورقة . والحكم لا الورقة هو الذى ينفذ . وتفصيل القول فى الأوراق من ناحية القوة فى التنفيذ هو من مباحث قانون المرافعات .

وننتقل الآن إلى تفصيل البحث فى الأوراق الرسمية ثم فى الأوراق العرفية على التعاقب .

الفرع الأول

الأوراق الرسمية

٦٠٧ — تمهيد : نتناول تفصيل البحث فى الأوراق الرسمية من ناحيتين : (أولا) من ناحية شروط صحتها (ثانيا) من ناحية حجيتها فى الإثبات .

المبحث الأول

شروط صحة الورقة الرسمية

٦٠٨ — شروط ثلاثة: تنص المادة ٣٩٠ مدنى على ما يأتى : «١— الورقة الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ماتم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه . ٢ — فإذا لم تكسب هذه الورقة صفة الرسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم »(١) .

ويتبين من هذا النص أن هناك شروطا ثلاثة لصحة الورقة الرسمية(٢) : (أولا) أن يقوم بكتابة الورقة أو بتلقيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة . (ثانيا) أن يكون هذا الموظف أو الشخص مختصاً من حيث الموضوع ومن حيث المكان . (ثالثا) أن يراعى فى توثيق الورقة الأوضاع التى قررها القانون .

المطلب الأول

صدور الورقة الرسمية من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة

٦٠٩ — ممن تصدر الورقة الرسمية ونوعا البيانات التى تتضمنها : تصدر الورقة الرسمية من الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة ، بأن يكون هو الذى يحررها . وليس من الضرورى أن تكون مكتوبة بخطه ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٥ (موافق) — الليبى م ٣٧٧ (موافق) — العراقى م ٤٥٠ (موافق) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٥٤ — ١٥٥ (موافق) .

(٢) وينبغى ألا نخلط الرسمية بالتسجيل ، فالرسمية لاستيفاء الشكل أو للزيادة فى قوة الورقة ، أما التسجيل فللإعلان والشهر . وقد تكون هناك ورقة رسمية غير مسجلة كتوكيل رسمى ، كما قد تكون هناك ورقة عرفية مسجلة كورقة بيع عرفية مسجلة . والرسمية لا تغنى عن التسجيل ، فإذا كتب عقد البيع فى ورقة رسمية فلابد من تسجيل الورقة الرسمية أيضاً حتى ينقل البيع الملكية.

بل يكفى أن يكون تحريرها صادرا باسمه . ويجب على كل حال أن يوقعها بإمضائه[١] .

ويثبت الموظف فيها نوعين من البيانات : (١) ما تم على يديه . أى جميع الوقائع التى تمت تحت نظره خاصة بالتصرف الذى يوثقه . كحضور ذوى الشأن . وما قام به كل منهم كأن يكون المشترى مثلا سلم الثمن كله أو بعضه للبائع أمام الموثق ، وحضور الشهود أمامه ، وتاريخ تحرير الورقة الرسمية . وقيام ذوى الشأن والشهود بتوقيعها . وغير ذلك من الوقائع التى تمت بمحضر منه . (٢) ما تلقاه من ذوى الشأن من أقوال وبيانات وتقريرات فى شأن التصرف القانونى . أى ما وقع تحت سمعه . فالبائع مثلا قرر أنه باع عينا بحدود معينة بثمن معين تسلمه كله أو بعضه فى غير حضور الموثق . وسنرى فيما يلى أن التمييز بين هذين النوعين من البيانات — ما وقع تحت بصر الموثق وما وقع تحت سمعه — له أهمية كبيرة من ناحية حجية الورقة الرسمية . فالنوع الأول له حجية مطلقة إلى حد الطعن بالتزوير . والنوع الثانى يجوز دحض حجيته بإثبات العكس .

٦١٠ — موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة : والموظف العام هو شخص عينته الدولة للقيام بعمل من أعمالها . سواء آجرته على هذا العمل كالموثق . أو لم توجره كالعمدة . ويتنوع الموظفون العامون بتنوع الأوراق الرسمية . فالموظف الذى يقوم بتحرير التصرفات هو الموثق . والموظف الذى يقوم بكتابة الأحكام هو القاضى . والموظف الذى يثبت ما يدور فى جلسة القضاء من إجراءات ومرافعات هو كاتب الجلسة . والموظف الذى يقوم بإعلان أوراق المرافعات المختلفة وتنفيذ الأحكام والأوراق الرسمية هو المحضر[٢] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض الجنائية بأنه لا يشترط فى القانون ، كيما تسبغ الرسمية على الورقة ، أن تكون محررة على نموذج خاص . ذلك أن الصفة الرسمية إنما يسبغها محررها لاطبعها على نموذج خاص . والرسمية تتحقق حتما متى كانت الورقة صادرة أو منسوبا صدورها إلى موظف مختص بتحريرها ، سواء كان أساس الاختصاص قانونا أو مرسوما أو لائحة أو تعليما أو بناء على أمر رئيس مختص طبقا لمقتضيات العمل (نقض جنائى ٣ أبريل سنة ١٩٦١ الطعن ٣١ سنة ٣١ ق) .

(٢) ويبقى الموظف عاما حتى لو كان يعمل فى إدارة حكومية يقوم عادة بعملها الشركات =

وليس من الضرورى أن يكون من تصدر منه الورقة الرسمية موظفاً عاما . بل يكفى أن يكون مكلفاً بخدمة عامة . فالمأذون يقوم بتحرير عقود الزواج وإشهادات الطلاق . والخبير يقوم بتحرير محضر أعماله وتقرير يقدمه عن المهمة التى انتدب لها . وهذا وذاك ليسا موظفين عامين ولكنهما مكلفان بخدمة عامة[1] .

٦١١ — **الموظفون العامون الذين يقومون بالتوثيق** : قبل إنشاء النظام الحالى للتوثيق فى مصر . كان المنوط به القيام بتوثيق الأوراق الرسمية جهات ثلاثا : (١) كتاب المحاكم الكلية المختلطة ، ويوثقون جميع الأوراق الرسمية . (٢) قضاة المحاكم الشرعية أو من يحيل هؤلاء القضاة عليه التوثيق من كتاب هذه المحاكم . ويوثقون الإشهادات التى تقرها الشريعة الإسلامية . سواء كانت تتعلق بالأحوال الشخصية كالوصية والهبة والوقف[2] . أو كانت تتعلق بالمعاملات المالية كالبيع والقسمة والوكالة . (٣) كتاب المحاكم الكلية الوطنية ؛ ويقومون بالتوثيق فى المسائل الخاصة بقبول الإقرارات الرسمية وحق الاختصاص والشفعة .

وقد ظهر فى العمل عيوب تعدد جهات التوثيق . فصدر قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ — المعمول به من أول يناير سنة ١٩٤٨ — يوحد جهات التوثيق ويعيد تنظيمه . وقد قضى قانون التوثيق هذا ولائحته التنفيذية بتوحيد جميع جهات التوثيق فى جهة واحدة . هى مكاتب مستقلة تتولى توثيق جميع المحررات ، فيها موظفون عامون معينون لهذا الغرض . وتنص المادة الأولى من اللائحة

= فى بلاد أخرى ، كمصلحة السكك الحديدية ومصلحة البريد . ويترتب على ذلك أن أوراق النقل الخاصة بمصلحة السكك الحديدية وحوالات البريد تعتبر أوراقاً رسمية . ويكون التزوير فيها جناية لا جنحة .

(١) ودفتر الختام ليس من قبيل الأوراق الرسمية ، ولا حجية له فى إثبات أن المندوب إليه الختم المطعون فيه هو الذى طلب إلى الختام أن يصنعه (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٩ ص ١١٩٢) .

(٢) أما إشهادات الزواج والطلاق فكانت ، ولا تزال بوجه عام ، من اختصاص المأذونين الشرعيين .

التنفيذية لقانون التوثيق على أن « يقوم بالتوثيق موثقون وموثقون مساعدون يعينون بقرار من وزير العدل »[1].

المطلب الثانى

اختصاص الموظف من حيث الموضوع ومن حيث المكان

§ ١ - اختصاص الموظف من حيث الموضوع

٦١٢ - أمور ثلاثة : يجب أن يتوافر فى الموثق أمور ثلاثة : (١) الولاية (٢) الأهلية (٣) الاختصاص الموضوعى .

٦١٣ - الولاية : يجب أن تكون ولاية الموثق قائمة وقت تحرير الورقة الرسمية . فإذا كان قد عزل من وظيفته ، أووقف عن عمله ، أو نقل منه ، أو حل غيره محله على أى وجه آخر ، فإن ولايته تزول ولاتجوز له مباشرة عمله . وتكون الورقة التى يوثقها عندئذ باطلة . على أنه إذا كان الموثق لم يعلم بالعزل أو الوقف أو النقل أو انتهاء الولاية ، وكان ذوو الشأن هم أيضاً حسنى النية لايعلمون بشىء من ذلك ، فإن الورقة الرسمية التى تصدر من الموثق فى هذه الظروف تكون صحيحة رعاية للوضع الظاهر المصحوب بحسن النية[2].

٦١٤ الأهلية : متى ثبت للموثق الولاية على النحو المتقدم ، وجب أن يكون ، بالنسبة إلى كل ورقة رسمية يوثقها ، أهلا[3] لتوثيقها . وهو فى الأصل أهل لتوثيق جميع الأوراق الرسمية التى تدخل فى اختصاصه . غير أن

---

(١) أما فى فرنسا فيقوم بالتوثيق طائفة تسمى « بالموثقين » (**notaires**) ، ولهم نظم خاصة . وهم ليسوا موظفين يتقاضون أجراً من الدولة ، بل يؤجرون على أعمالهم من أصحاب الشأن . ويوجد لهم نظراء فى بعض البلاد العربية ، حيث يسمى الموثق « بالكاتب العدل » .

(٢) وتطبيقاً لحماية الوضع الظاهر يكفى أيضاً أن يكون الموثق قد ولى وظيفته ولو فى الظاهر ، حتى لوكان تعيينه فى هذه الوظيفة قد وقع مخالفاً للقانون ، فإنه فى هذه الحالة يعتبر موظفاً فعليا (**fonction r aire de fait**) . ويعتبر أيضاً موظفاً فعليا الموظف الذى عينته سلطة غير شرعية قد استقر سلطانها ، كحكومة الثورة أوحكومة دولة أجنبية غازية .

(٣) نستعمل لفظ « أهل » هنا مسايرة للتعبير الدارج ، وإلا فقد قدمنا أن الأهلية بالمعنى الصحيح مناطها التمييز . أما ما سنذكره هنا فليس إلا موانع قانونية تمنع الموثق من توثيق ورقة رسمية معينة بالذات .

اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق سلبته الأهلية فى أية ورقة رسمية بالذات تكون له فيها مصلحة شخصية . أو تربطه بأصحاب الشأن فيها صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة . فلايجوز إذن أن يكون الموثق نفسه طرفا فى الورقة الرسمية التى يوثقها . أو أن تكون له فيها مصلحة شخصية مباشرة كأن يكون شريكا لذوى الشأن فى الصفقة التى تثبتها الورقة الموثقة . أو أن يكون قريبا أو صهراً لغاية الدرجة الرابعة لأحد ذوى الشأن . كذلك لايجوز أن تكون بين الموثق وشاهدى الورقة الرسمية صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة .

٦١٥ — **الاختصاص الموضوعى** : ويجب أن يكون الموثق مختصا من الناحية الموضوعية بنوع الورقة الرسمية التى يقوم بتوثيقها . والموثق مختص بتوثيق جميع المحررات التى يقضى القانون أو يطلب المتعاقدون توثيقها . فكل تصرف قانونى يشترط القانون فيه ورقة رسمية . كالهبة والرهن الرسمى ، يختص الموثق بتوثيقه . وكذلك جميع التصرفات القانونية التى لايشترط القانون فيها ورقة رسمية ، بل تكون تصرفات رضائية ويجوز إثباتها فى ورقة عرفية ، كالبيع والإيجار والوكالة والقسمة والصلح ، يجوز لأصحاب الشأن إثباتها فى ورقة رسمية . وعندئذ يكون الموثق مختصاً بتوثيقها . ولا يخرج من الاختصاص الموضوعى للموثق إلا الزواج والطلاق فهذه المسائل من اختصاص المأذونين . إلا بالنسبة إلى غير المصريين المسلمين فيرجع الاختصاص للموثق .

§ ٢ – اختصاص الموظف من حيث المكان

٦١٦ — **الاختصاص المكانى** : ولايجوز للموثق أن يباشر عمله إلا فى دائرة اختصاصه . فلكل مكتب للتوثيق دائرة معينة . يقوم فى حدودها الموثقون ومساعدوهم المعينون فى هذا المكتب بتوثيق الأوراق الرسمية التى يطلب إليهم توثيقها .

والاختصاص المكانى إنما يقيد مكتب التوثيق وحده ، أى أن الموثقين ومساعديهم الملحقين بمكتب معين لايجوز لهم مباشرة عملهم خارج دائرة اختصاصهم . ولكن أصحاب الشأن ممن يطلبون توثيق أوراقهم غير مقيدين بدائرة اختصاص معينة . فيجوز لشخص مقيم فى أسيوط أن يطلب إلى مكتب

للتوثيق في القاهرة أو في الإسكندرية أو في أسوان توثيق أية ورقة رسمية يريد توثيقها .

٦١٧ – انتشار مكاتب التوثيق في أنحاء البلاد : ومكاتب التوثيق منتشرة في جميع أنحاء الدولة . ولكل مكتب منها دائرة معينة لاختصاصه المكاني . وللمكتب فروع في مختلف الجهات التي بها محاكم جزئية أو مأموريات للشهر العقاري .

المطلب الثالث

مراعاة الأوضاع التي قررها القانون

٦١٨ – مراحل ثلاث : يمكن تقسيم الأوضاع والإجراءات في توثيق الورقة الرسمية إلى مراحل ثلاث : مرحلة ماقبل التوثيق . ومرحلة التوثيق . ومرحلة ما بعد التوثيق .

٦١٩ – مرحلة ما قبل التوثيق : لا يقوم الموثق بتوثيق ورقة رسمية إلا إذا دفع الرسم المستحق عنها . فإذا ما دفع الرسم . وجب على الموثق قبل إجراء التوثيق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين بالغين عاقلين معروفين له أو أن تكون شخصيتهما ثابتة بمستند رسمي . ثم يجب بعد ذلك أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم . وله أن يطلب إثباتا لأهلية المتعاقدين تقديم ما يؤيد تلك الأهلية من مستندات كشهادة ميلاد أو شهادة طبية أو أي مستند آخر .

٦٢٠ – مرحلة التوثيق : فإذا تم التثبت من أهلية ذوي الشأن ورضائهم على الوجه المبين فيما تقدم . انتقل الموثق إلى توثيق الورقة الرسمية ذاتها . ويجب أن تكون مكتوبة بخط واضح غير مشتمل على إضافة أو تحشير أو كشط . وإذا اقتضى الأمر إضافة أو حذفاً فيجب ذكر ذلك في آخر المحرر موقعا عليه من ذوي الشأن والموثق . والغالب أن تكون الورقة قد كتبت مقدما بوساطة ذوي الشأن أو وكلائهم من المحامين . ويكتفي الموثق بمراجعتها وتلاوتها والاستيقاع والتوقيع عليها .

وتتضمن الورقة بيانات عامة[1] ، ثم البيانات الخاصة بموضوعها . ويجب أن تكون مكتوبة باللغة العربية[2] . ويتلوها الموثق على ذوى الشأن ، ثم يوقعها هو وأصحاب الشأن والشهود .

٦٢١ – مرحلة ما بعد التوثيق : وأهم ما فى هذه المرحلة هو حفظ الأصول وتسليم الصور . فيحفظ بمكتب التوثيق أصول الأوراق الرسمية ، ويتولى المكتب إرسال صورة من كل ورقة رسمية تم توثيقها إلى المكتب الرئيسى بالقاهرة لحفظها فيه . ولا تسلم صورة الورقة الرسمية إلا لأصحاب الشأن بعد دفع الرسم . ويجوز تسليم صورة من الورقة الرسمية للغير بعد الحصول على إذن من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها .

وإذا كانت الورقة الرسمية واجبة التنفيذ ، وسلمت منها الصورة التنفيذية ، وضع مكتب التوثيق عليها الصيغة التنفيذية . ثم لا يجوز تسليم صور تنفيذية ثانية إلا بقرار من قاضى الأمور المستعجلة .

المطلب الرابع

جزاء الإخلال بشرط من هذه الشروط

٦٢٢ – الجزاء هو البطلان : بينا فيما تقدم الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية . فإذا اختل شرط من هذه الشروط ، كانت الورقة الرسمية باطلة كورقة رسمية .

---

(١) وهى بيانات يجب ذكرها فى كل ورقة رسمية أيا كان موضوعها ، وتتضمن ما يأتى : (ا) ذكر السنة والشهر واليوم والساعة التى تم فيها التوثيق . (ب) اسم الموثق ولقبه ووظيفته . (ج) بيان ما إذا كان التوثيق قد تم فى المكتب أو فى أى مكان آخر . (د) أسماء الشهود . (ه) أسماء أصحاب الشأن وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم وصناعاتهم ومحال ميلادهم وإقامتهم وأسماء وكلائهم، ومن تقتضى الحال بوجودهم للمعاونة فيما إذا كان أحد ذوى الشأن ضريراً أو ضعيف البصر أو أبكم أو أصم ، إذ يجب فى هذه الحالة على الموثق أن يتأكد من استعانته بمعين يوقع المحرر معه .

(٢) فإذا كان أحد المتعاقدين يجهل هذه اللغة أو لا يعرفها معرفة كافية ، استعان الموثق بمترجم يقدمه المتعاقدون ويكون محل ثقتهم . ويجب أن يوقع المترجم الورقة مع المتعاقدين والشهود والموثق ، ويجب ذكر اسمه بين من تقتضى الحال بوجودهم للمعاونة .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان الذى قام بتوثيق الورقة ليس موظفاً عاما ، أو كان موظفاً عاما ولكنه عند توثيقه للورقة كان قد عزل ، أو وقف عن عمله أو نقل أو حل محله أحد آخر لأى سبب . فإن الورقة التى وثقها فى جميع هذه الأحوال تكون باطلة .

ويترتب على ذلك أيضاً أن الموظف العام إذا لم تكن له سلطة فى التوثيق. بأن كانت له مصلحة شخصية مباشرة فى الورقة الموثقة ، أو ربطته بأصحاب الشأن أو الشهود قرابة أومصاهرة لغاية الدرجة الرابعة . أووثق ورقة من نوع لا اختصاص له فيه ، فإن الورقة تكون باطلة فى جميع هذه الأحوال .

ويترتب على ذلك أيضاً أن الموثق إذا قام بتوثيق الورقة فى غير دائرة اختصاصه المكانى . أو فى غير مكتب التوثيق أو فى غير مواعيد العمل إلا لمانع يبرر انتقاله . كانت الورقة باطلة .

ويترتب على ذلك أخيراً أن الأوضاع والإجراءات الواجب مراعاتها فى توثيق الورقة إذا لم تراع ، كانت الورقة باطلة . ولكن هنا يجب التمييز بين الأوضاع والإجراءات الجوهرية وتكون هى التى جزاؤها البطلان ، وبين الأوضاع والإجراءات غير الجوهرية ولا يترتب البطلان عليها . ويعتبر من الأوضاع والإجراءات الجوهرية البيانات العامة الواجب ذكرها فى كل ورقة رسمية ، وحضور الشاهدين وقت توثيق الورقة . وحضور المترجم عند الاقتضاء وحضور المعين بالنسبة إلى المصاب بإحدى العاهات الثلاث (العمى أو البكم أو الصمم) ، وكون التوثيق باللغة العربية . وإثبات أن الورقة الرسمية قد تليت . والتوقيعات التى نص عليها .

٦٢٣ — ما يترتب على البطلان : والأصل أن الورقة الرسمية إذا كانت باطلة . تكون جميع أجزائها باطلة . فإذا كان للموثق مصلحة شخصية مباشرة فى الورقة مثلا ، فإن الورقة تكون كلها باطلة ولايقتصر البطلان على الجزء الذى يثبت فيه للموثق هذه المصلحة الشخصية المباشرة . وإذا لم يوقع أحد الشهود على الورقة أو لم يوقع الموثق أو أحد أصحاب الشأن . كانت الورقة كلها باطلة حتى تاريخها مع أن التاريخ لم يقع فيه بطلان . ومن ثم لايعتبر التاريخ ثابتا بل يكون تاريخا عرفيا لا حجية فيه على الغير .

على أنه يجب التمييز بين الورقة التى تثبت التصرف القانونى والتصرف القانونى ذاته . فإذا كانت الورقة باطلة ، لم يستدع ذلك حتما أن يكون التصرف القانونى باطلا . بل يبقى هذا التصرف قائما ، وإن كان إثباته عن طريق الورقة الرسمية قد انعدم . وقد يصح إثباته عن طريق آخر غير الكتابة ، بل قد يصح إثباته بالورقة الرسمية الباطلة إذا صحت كورقة عرفية على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ويستثنى مما قدمناه الغرض الذى يكون فيه التصرف القانونى شكليا ، أى يجب لانعقاده أن يكتب فى ورقة رسمية كالهبة والرهن الرسمى ، فعندئذ تصبح الورقة الرسمية ركنا فى التصرف ، فإذا كانت باطلة بطل التصرف ذاته (1)

٦٢٤ — قيمة الورقة الرسمية الباطلة : قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ مدنى تقضى بأن الورقة إذا لم تكسب صفة الرسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم . وهذا حكم بديهى ، فإن الورقة فى الأحوال التى قدمناها ، إذا كانت قد فقدت شرطا من شروط الصحة لقيامها كورقة رسمية ، فإنها مع ذلك قد استوفت شروط الورقة العرفية . فهى ورقة مكتوبة وقعها من صدرت منه ، والتوقيع وحده كاف لصحة الورقة العرفية . ومن ثم تكون لها حجية الورقة العرفية ، فتعتبر صادرة ممن وقعها ما لم يطعن فيها بالإنكار . وهذا ضرب من ضروب التحول شبيه بتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح توافرت فيه أركانه وشروط صحته (م ١٤٤ مدنى) ،

---

(١) وقد يقع أن الورقة الرسمية يكون ظاهرها الصحة ، ثم يطعن بالتزوير فى جزء من أجزائها ، ويتبين أن هذا الجزء مزور . مثل ذلك أن يذكر الموثق فى الورقة الرسمية أن المشترى دفع الثمن أمامه للبائع ، ويتبين بعد الطعن بالتزوير فى هذه العبارة أن المشترى لم يدفع شيئاً أمام الموثق . ومثل ذلك أيضاً أن يطعن بالتزوير فى تاريخ الورقة أو فى توقيعات بعض الشهود أو بعض ذوى الشأن ، ويتبين أن هذه الأجزاء فعلا مزورة . فيجب التمييز فى مثل هذه الأحوال بين ما إذا كان الجزء الذى يثبت تزويره جوهريا لصحة الورقة الرسمية فتكون الورقة باطلة فى جميع أجزائها ، وبين ما إذا كان هذا الجزء غير جوهرى فتبقى الأجزاء الأخرى للورقة الرسمية صحيحة . ففى المثلين المتقدمين ، إذا ثبت تزوير العبارة التى تقرر أن المشترى دفع الثمن للبائع فإن هذا الجزء وحده هو الذى يفقد قوته فى الإثبات وتبقى سائر أجزاء الورقة الرسمية صحيحة ، أما إذا ثبت أن تاريخ الورقة أو توقيع أحد الشهود أو أحد أصحاب الشأن مزور فإن هذا الجزء الذى يثبت تزويره جوهرى لصحة الورقة ومن ثم تكون الورقة باطلة فى جميع أجزائها .

فالورقة الرسمية الباطلة قد تحولت هنا إلى ورقة عرفية صحيحة لتوافر شروط صحة الورقة العرفية فيها . ولكن لايكون تاريخها ثابتا . كما سبق القول .

المبحث الثانى

حجية الورقة الرسمية فى الإثبات

٦٢٥ — مسائل ثلاث : فإذا خلص للورقة صفتها الرسمية على النحو المتقدم ، كان لها — فى أصلها وفى صورها — حجية فى الإثبات إلى مدى بعيد ، فيما بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير . فنتكلم إذن فى مسائل ثلاث : (١) حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين (٢) حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير (٣) حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بصورها .

المطلب الأول

حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين

٦٢٦ — نوعاد من الحجية : تنص المادة ٣٩١ مدنى على ما يأتى : « الورقة الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أووقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا »[١]. ويتضح من هذا النص أن هناك نوعين من البيانات فى الورقة الرسمية : بيانات تكون للورقة الرسمية فيها حجية إلى أن يطعن فى الورقة بالتزوير ، وبيانات دون ذلك فى القوة فهى ككل بيان يثبت فى ورقة مكتوبة يعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه . فعلينا إذن أن نبحث : (١) حجية الورقة الرسمية حتى يطعن فيها بالتزوير (٢) حجية الورقة الرسمية حتى يقوم الدليل على العكس .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٦ (موافق) — الليبى م ٣٧٨ (مطابق) — العراق م ٤٥١ (مطابق) — تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٥٦ — ١٥٩ (موافق) .

٦٢٧ — حجية الورقة الرسمية حتى يطعن فيها بالتزوير : تكون للورقة الرسمية حجية فى الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير[1] ، وذلك فيما دون فيها من أمور قام بها الموثق فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره.

أما الأمور التى قام بها الموثق فى حدود مهمته وبينها فى الورقة الرسمية التى وثقها فكثيرة . من ذلك تأكده من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين أو بمستند رسمى[2] ، وتثبته من أهلية المتعاقدين ورضائهما ، وصدور الكتابة منه ، والبيانات العامة التى أثبتها فى الورقة وهى التاريخ[3] واسم الموثق وبيان ما إذا كان التوثيق قد تم فى المكتب أو فى مكان آخر وحضور شاهدين واسم كل منهما وحضور أصحاب الشأن وأسماؤهم وحضور المترجم والمعين عند الاقتضاء وتلاوته الورقة لذوى الشأن والتوقيعات التى تحملها الورقة[4] .

أما البيانات عن الأمور التى وقعت من ذوى الشأن فى حضوره فأكثرها يتعلق بموضوع الورقة الرسمية التى قام بتوثيقها ، أى البيانات الخاصة بهذه

---

(١) وطريق الطعن بالتزوير طريق معقد محفوف بالمخاطر ، وقد رسمت له إجراءات ومواعيد دقيقة ، وفرض على الطاعن بالتزوير غرامة إذا حكم بسقوط ادعائه أو برفض هذا الادعاء . وليس أمام من يطعن فى الورقة الرسمية إلا سلوك هذا الطريق ، فليس له أن يستجوب خصمه تمهيداً للحصول على إقرار منه ، ولا أن يوجه له اليمين الحاسمة ، ولا أن يطلب إحالة الدعوى على التحقيق بغير الطريق المرسوم للطعن بالتزوير ، ولا أن يطلب إثبات وقائع تتعارض مع البيانات الثابتة بالورقة الرسمية حتى لو كان يتمسك بكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة تعززه البينة أو القرائن . وله أن يطعن بالتزوير فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، دون محكمة النقض .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الطلب الذى يقدم لمصلحة المساحة لمراجعة عقد أو استمارة التغيير التى تحررها المساحة ، لا يعتبر أيهما من الأوراق المعدة لإثبات شخصية الموقعين عليها ، وليس من مهمة الموظف القائم بها إثبات هذه الشخصية ، ولا تكون هذه الأوراق حجة بما فيها إلا بالنسبة إلى البيان الفنى الذى تضمنته (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٩ ص ١١٩٢) .

(٣) ويعتبر تاريخاً ثابتاً لمجرد وروده فى ورقة رسمية .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن توقيعات ذوى الشأن على الأوراق الرسمية التى تجرى أمام الموثق تعتبر من البيانات التى يلحق بها وصف الأوراق الرسمية ، فتكون لها حجية فى الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير (نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٣ ص ١٠٠٦) .

الورقة بالذات . فإن كان الموضوع بيعا مثلا ، فإن الموثق يثبت فى الورقة أن البائع قرر أنه يبيع والمشترى قرر أنه يشترى ، كل بالشروط التى دونت فى الورقة ، وقد يكون المشترى دفع الثمن إلى البائع أمام الموثق فيذكر الموثق ذلك فى الورقة الرسمية . كل هذه البيانات التى وقعت من ذوى الشأن فى حضور الموثق وأثبتها فى الورقة ، بعد أن أدركها بالسمع أو بالبصر (de visu aut de auditi) ، تكون لها حجية فى الإثبات إلى أن يطعن فيها بالتزوير(١) .

٦٢٨ — حجية الورقة الرسمية حتى يقوم الدليل على العكس : أما ما أثبته الموثق فى الورقة الرسمية باعتباره وارداً على لسان ذوى الشأن من بيانات ، فلا تصل الحجية فيه إلى حد الطعن بالتزوير ، بل يعتبر ما ورد من ذلك صحيحاً فى ذاته إلى أن يثبت صاحب المصلحة عكسه بالطرق المقررة فى قواعد الإثبات . ومن هذه القواعد أنه لا يجوز إثبات عكس ما بالورقة المكتوبة إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مستكملا بالبينة أو بالقرائن ؛ فلا يجوز إذن إثبات عكس ما ورد فى الورقة الرسمية على لسان ذوى الشأن إلا إذا كانت هناك كتابة تثبت هذا العكس . أو فى القليل مبدأ ثبوت بالكتابة تعزره البينة أو القرائن(٢) .

---

(١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٣٣ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩ — وسواء كانت البيانات متعلقة بالأمور التى قام بها الموثق أو بالأمور التى وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، فلابد حتى تثبت لها هذه الحجية أن تكون فى حدود مهمة الموثق . فإذا خرجت عن هذه الحدود ، كأن أثبت الموثق أن أصحاب الشأن أقارب أو أن أحدهم يبلغ من العمر كذا ، لم تكن لهذه البيانات حجية لأنها لاتدخل فى مهمة الموثق . وقد قضت محكمة النقض بأن ذكر تاريخ الوفاة فى محضر حصر التركة لا يكون حجة بحصول الوفاة فى ذلك التاريخ ، لأن المحضر لم يعد لإثبات تاريخ الوفاة بل لإثبات عناصر التركة فقط (نقض ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٤٣٠ ص ١٠٧٤) . والحجية إلى حد الطعن بالتزوير مقصورة على المواد المدنية والتجارية ، أما فى المواد الجنائية فالأمر متروك لتقدير القاضى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عرض على المحكمة الجنائية محضر كسر ختم المتوفى ، جاز لها ألا تأخذ بما جاء فيه إذا اقتنعت بعدم صحته ، وذلك دون حاجة إلى الحكم بتزويره (نقض جنائى ٧ يونيه سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٦٥ ص ١٨٨) . وقضت أيضاً بأنه يجوز لكل ذى شأن أن يثبت بجميع الطرق القانونية ما يخالف مادون فى المحاضر التى يحررها رجال البوليس فى المواد الجنائية ، دون أن يكون ملزما بالطعن فيها بالتزوير (نقض جنائى ٤ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٠٣ ص ٣٣٣ — ١١ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٤٠ ص ٤٤١) .

(٢) استئناف مصر ٢٩ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٠٠ ص ١٣٧ — ٢٠ يناير =

ثم إن البيانات الخاصة بموضوع الورقة الرسمية لها أيضاً ناحيتان : واقعة التقرير — أى أن أصحاب الشأن قرروا كذا أمام الموثق — وهذه لها حجية إلى حد الطعن بالتزوير ، ثم صحة التقرير فى ذاته وهذه يجوز إنكارها وإثبات العكس لأن ذلك لا يمس أمانة الموظف . ذلك أن كل طعن فى بيان وارد بورقة رسمية يكون من شأنه أن يتضمن مساسا بأمانة الموثق وصدقه لا يكون إلا عن طريق الطعن بالتزوير . أما الطعن الذى لا يتضمن مساسا بأمانة الموظف وصدقه فيكفى فيه إثبات العكس على النحو الذى قررناه .

ويخلص من ذلك أنه إذا أثبت الموثق أن أحد المتعاقدين قرر أنه باع للمتعاقد الآخر دارا وأنه قبض ثمنها وقرر المتعاقد الآخر أنه اشترى هذه الدار ودفع الثمن ، فواقعه تقرير البيع والشراء وقبض الثمن لها حجية إلى حد الطعن بالتزوير . ولكن هذا لا يمنع ذا المصلحة ، وهو لا يتعرض لواقعة التقرير فى ذاتها ولا يمس أمانة الموثق ، من أن يتمسك بأن هذا البيع صورى أو بأن الثمن لم يدفع فعلا بالرغم من أن المتعاقدين قررا أمام الموثق غير ذلك ، وله أن يثبت الصورية أو عدم دفع الثمن بالطرق المقررة قانونا دون حاجة إلى الطعن بالتزوير . ولو أثبت الموثق أن المشترى دفع أمامه الثمن وقدره كذا للبائع ، فواقعة دفع مبلغ قدره كذا من المشترى للبائع له حجية إلى حد الطعن بالتزوير ، ولكن هذا لا يمنع ذا المصلحة من إثبات أن الدفع بالرغم من صحة واقعته فى ذاتها كان دفعا صوريا ، بأن كانت النقود هى نقود البائع وأعطاها للمشترى ليسلمها هذا له أمام الموثق(١) ، أو بأن النقود التى دفعها المشترى أمام الموثق أعادها له البائع بعد خروجهما ، وله أن يثبت ذلك بالطرق المقررة قانونا دون حاجة إلى الطعن بالتزوير لأنه لا يمس فى ادعائه هذا أمانة الموثق .

وكذلك قيام التصرف القانونى ذاته وصحته التى تفترض توافر الأهلية والخلو من عيوب الرضاء ووجود محل صالح وسبب مشروع ، ونفاذ التصرف القانونى فيما بين الطرفين وفى حق الغير . كل ذلك لا شأن له ، بما قرره

= سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٤ ص ٥٧ — استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٩ — ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٦

(١) استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٨٩ .

الموثق من وقوع التصرف . فلكل ذى مصلحة أن ينازع فى أية مسألة من هذه ، وعليه إثبات ما يدعيه وفقاً للقواعد المقررة قانونا . ودون حاجة إلى الطعن بالتزوير .

المطلب الثانى

حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير

٦٢٩ — حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير إلى حد الطعن بالتزوير : قد يكون هناك محل للاحتجاج على الغير بالورقة الرسمية . مثل ذلك مدين يبيع دارا له بورقة رسمية . ويدعى الدائن أن هذا البيع الرسمى لم يصدر من مدينه ، ليتمكن بذلك من التنفيذ بحقه على الدار المبيعة .

فى مثل هذا الفرض تكون للورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير عين الحجية التى لها فيما بين الطرفين على النحو الذى قدمناه . فيستطيع المشترى من المدين أن يحتج بالبيع الرسمى على دائن البائع ، ولا يجوز للدائن ، إلا أن يطعن بالتزوير ، أن ينكر ما ورد فى الورقة الرسمية من أمور قام بها الموثق فى حدود مهمته أو بيانات وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، كصدور البيع من المدين وتاريخ الورقة الرسمية وحضور الشهود وصحة التوقيعات وماذكره الموثق من أن المشترى دفع أمامه الثمن إلى المدين وغير ذلك من الأمور التى فصلناها فيما تقدم فى حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين .

٦٣٠ — حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير حتى يقوم الدليل على العكس : ولكن حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير ، كحجيتها فيما بين الطرفين ، لا تمنع الغير من إنكار صحة الوقائع التى أثبتها الموثق فى ذاتها ، دون أن يتعرض فى ذلك لأمانة الموثق وصدقه . ففى المثل المتقدم ، لدائن البائع أن يطعن بالصورية فى البيع الرسمى الصادر من مدينه ، وأن يثبت أن دفع الثمن وإن كان قد وقع حقيقة كما قرر الموثق إلا أن النقود كانت من مال البائع ، وله أن يثبت هذا وذاك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لأنه من الغير . كذلك يجوز للدائن ، مع التسليم بجدية البيع ، أن يطعن فيه بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها .

ونرى من ذلك أن حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير هى ذات حجيتها فيما بين الطرفين . وكل ما ذكرناه هناك يسرى هنا .

المطلب الثالث

حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بالصور

٦٣١ — الأصل والصورة : كل ما قدمناه فى حجية الورقة الرسمية إنما يرد فى حجية أصل الورقة ، لا فى حجية صورها . والفرق بين الأصل والصورة أن الأصل هو الذى يحمل التوقيعات إذ أن جميع من وقعوا الورقة الرسمية إنما وقعوا على الأصل ، هذا إلى أن الأصل هو الورقة بعينها التى صدرت من الموثق . أما صورة الورقة الرسمية فهى لا تحمل التوقيعات وليست هى التى صدرت من الموثق . بل هى منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص . فهى من هذه الناحية ورقة رسمية ولكن رسميتها فى أنها صورة لا فى أنها أصل . ولا فرق بين الصورة الخطية والصورة الفوتوغرافية ، ما دامت كلتاهما صورة رسمية .

وتقل حجية الصورة عن حجية الأصل . ولبيان ذلك يجب أن نميز بين فرضين : (أولا) إذا كان الأصل موجودا (ثانيا) إذا كان الأصل غير موجود[(١)] .

٦٣٢ — حجية الصورة إذا كان الأصل موجوداً : تنص المادة ٣٩٢ مدنى على ما يأتى : « ١ — إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فإن صورتها الرسمية ، خطية كانت أو فوتوغرافية ، تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل . ٢ — وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين . وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل »[(٢)] . ويخلص من هذا النص أنه يشترط لقيام الفرض الذى نحن بصدده شرطان : (١) أن

---

(١) حتى لو لم يكن مفقودا ، مادام أن تقديمه متعذر .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٧ (موافق) — الليبى م ٣٧٩ (مطابق) — العراقى م ٢ د ؛ (موافق) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٧٣ (موافق) .

يكون أصل الورقة الرسمية موجودا حتى يمكن الرجوع اليه عند الحاجة ، وقد بينا فيما تقدم أن أصل الورقة الرسمية يبقى محفوظا فى مكتب التوثيق ومن ثم كانت هذه الحالة هى الحالة الغالبة . (٢) أن تكون الورقة التى يحتج بها ليست هى الأصل . بل صورة رسمية من الأصل . أما الصورة العرفية فلا يعتد بها ولا حجية لها . وقد تكون الصورة الرسمية صورة مأخوذة مباشرة من الأصل ، أو تكون مأخوذة من صورة رسمية مأخوذة من الأصل . أو من صورة رسمية مأخوذة من صورة رسمية من الأصل أيا كان عدد الصور الرسمية التى توسطت بينها وبين الأصل . فمادام الأصل موجودا ، فإنه يكفى فى الصورة أن تكون صورة رسمية فحسب . إذ يمكن دائما مضاهاتها على الأصل .

ومتى توافر هذان الشرطان ، كان للصورة الرسمية ، خطية كانت أو فوتوغرافية ، حجية فى الإثبات ، إذ تعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين . فهناك قرينة قانونية على المطابقة . وصاحب المصلحة يقتصر على تقديم الصورة دون الأصل المودع فى مكتب التوثيق ، وعند ذلك يعتبرها القاضى مطابقة للأصل دون أى تحقيق . ويجعل لها حجية الإثبات التى للأصل على التفصيل الذى قدمناه .

ولكن القرينة قابلة لإثبات العكس . فللخصم أن ينازع فى مطابقتها للأصل ، ومجرد المنازعة يكفى لإسقاط القرينة . وعندئذ يتعين على المحكمة تحقيق مطابقة الصورة المقدمة لأصلها ، فتصدر قرارا بضم الأصل إلى ملف الدعوى ، ومتى ضم ضوهيت الصورة عليه ، فإن وجدت مطابقة للأصل ثبتت لها حجيته[1] ، وإلا استبعدت وبقى الأصل هو المستند فى الدعوى بحجيته المعروفة .

٦٣٣ — حجية الصورة إذا كان الأصل غير موجود : وقد يقع أن يفقد الأصل إذا قدم العهد به ، أو قبل ذلك بسبب حريق أو سرقة أو أى حادث آخر ، ويقع على الخصم المتمسك بالصورة عبء إثبات فقد الأصل .

---

(١) فالحجية إذن إنما هى للأصل لا للصورة ، سواء ضوهيت الصورة على الأصل إذ المضاهاة تثبت المطابقة للأصل ، أو لم تضاه لأن المفروض أن الصورة مطابقة للأصل كما سبق القول.

وتنص المادة ٣٩٣ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية . كانت الصورة حجة على الوجه الآتى : (أ) يكون للصور الرسمية الأصلية . تنفيذية كانت أو غير تنفيذية . حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل . (ب) ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها . ولكن يجوز فى هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التى أخذت منها . (جـ) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف»[1]. ويخلص من هذا النص أنه يجب التمييز بين حالات ثلاث : (١) حالة الصور الرسمية الأصلية أى الصور المأخوذة مباشرة من الأصل . (٢) حالة الصور الرسمية المأخوذة من الصور الرسمية الأصلية . (٣) حالة الصور الرسمية المأخوذة من الصور الرسمية للصور الرسمية الأصلية .

١ – فالصور الرسمية الأصلية ، وهى التى تنقل مباشرة من الأصل (minute, original) ، تشمل : (أولا) الصورة التنفيذية (grosse) ، وهى الصورة الرسمية التى تنقل مباشرة من الأصل وتوضع عليها الصيغة التنفيذية[2]. (ثانيا) الصورة الأصلية الأولى (première expédition) ، وهى التى تنقل من الأصل عقب التوثيق لإعطائها لذوى الشأن دون أن توضع عليها الصيغة التنفيذية[3]. (ثالثا) الصورة الأصلية البسيطة (simple expédition) ، وتنقل هى أيضاً مباشرة من الأصل ، ولكنها لا تنقل إلا بعد التوثيق بمدة من الزمن[4]. (رابعا) الصورة الرسمية التى تحرر بحضور القاضى المنتدب عند صدور قرار من سلطة قضائية بضم الأصل إلى ملف الدعوى ، وهى صورة

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٨ (موافق) – الليبى م ٣٨٠ (مطابق) – العراقى م ٤٥٣ (موافق) . أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٧٤ (مقارب) .

(٢) ولا تعطى إلا لأصحاب الشأن ، ومرة واحدة فلا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية إلا بقرار من قاضى الأمور المستعجلة .

(٣) ولا توضع عليها الصيغة التنفيذية ، إما لأن ذا الشأن لا حاجة به للتنفيذ ، أو لأن موضوع الورقة لا يدع مجالا للتنفيذ كالتوكيل الرسمى .

(٤) ويجوز دائما إعطاؤها لذوى الشأن عند الطلب ، ولا يجوز إعطاؤها للغير إلا بعد الحصول على إذن من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها .

تحرر مطابقة للأصل ويحرر بذيلها محضر يوقعه القاضي والموثق وكاتب المحكمة . وتقوم مقام الأصل إلى حين رده .

هذه كلها صور رسمية أصلية ، ولها جميعا حجية واحدة هي حجية الأصل المفقود ، وذلك متى كان مظهرها الخارجي لايسمح بالشك في مطابقتها للأصل(١) . أما إذا كان المظهر الخارجي للصورة يبعث على الشك في أن يكون قد عبث بها ، كما إذا وجد كشط أومحو أو تحشير أونحو ذلك ، فإن الصورة تسقط حجيتها في هذه الحالة(٢) .

٢ — والصورة الرسمية التي نقلت من الصورة الرسمية الأصلية لم تنقل مباشرة من الأصل ، فهي صورة للصورة الأصلية . ولذلك لايجوز أن تكون لها حجية أكبر من حجية الصورة الأصلية ، وبشرط أن تكون هذه الصورة الأصلية موجودة حتى إذا طلب أحد الطرفين مضاهاتها على أصلها أمكن ذلك(٣) .

فإذا كانت الصورة الأصلية غير موجودة ، فتعذرت مضاهاة الصورة الثانية عليها ، فإنه يبدو ، أمام سكوت النص في هذه الحالة ، ألا تكون للصورة الثانية حجية محددة ، ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس(٤) .

٣ — وصورة الصورة المأخوذة من الصورة الأصلية تتعدد فيها الحلقات ،

---

(١) وهذه الحجية تستمد ، لا من الأصل فهو غير موجود فرضا ، بل من الصور ذاتها ، بخلاف ما إذا كان الأصل موجوداً فقد قدمنا أن الصور تستمد حجيتها منه . انظر نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٣ ص ٢٤٤ .

(٢) وتكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا توافرت فيها الشروط الواجبة لذلك .

(٣) ومن ثم لا تكون للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية حجية مستمدة من ذاتها ، بل هي تقتصر على التمتع بقرينة المطابقة للصورة الأصلية . وتنتفي القرينة بمجرد إنكار أحد الطرفين هذه المطابقة ، وعندئذ يتعين إحضار الصورة الأصلية للمضاهاة . فإن وجدت مطابقة استمدت حجيتها من حجية الصورة الأصلية ، وإلا استبعدت واستبقيت الصورة الأصلية وهي التي تكون لها الحجية في كل حال .

(٤) ويذهب الأستاذ سليمان مرقس (أصول الإثبات ص ٧٠) إلى إعطاء الصورة الثانية حجية الصورة الأصلية متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها لها ، ولكن هذا الحكم لا يجوز العمل به دون نص . ويرى الأستاذ أحمد نشأت (الإثبات ١ فقرة ١٧٣) والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة (الإثبات ص ١٠٤) أن تكون للصورة الثانية قيمة مبدأ الثبوت بالكتابة .

وتنفرج المسافة ما بين الصورة والأصل . إذ هي بالنسبة إلى الأصل صورة صورة الصورة أي الصورة الثالثة . فإن كانت الصورة الأصلية موجودة وجب استحضارها . وهي التي تثبت لها حجية الأصل على التفصيل الذي قدمناه، ولا تتمتع الصورة الثالثة بقرينة المطابقة للصورة الأصلية . أما إذا كانت الصورة الأصلية هي أيضاً غير موجودة كالأصل[١] ، فإن الصورة الثالثة — طابقت الصورة الثانية أو لم تطابق — لا تكون لها حجية . ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف ، باعتبارها مجرد قرينة . فهي إذن لا تصلح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة ، شأنها في ذلك شأن الصورة الثانية عند انعدام الصورة الأصلية على النحو الذي أسلفناه .

ومن ثم يتبين أن الصورة الثالثة — ومن باب أولى أية صورة دونها — لا حجية لها في ذاتها . فإن وجدت الصورة الأصلية . كانت الحجية لهذه الصورة . وإن لم توجد الصورة الأصلية . سواء وجدت الصورة الثانية أو لم توجد ، فلا يعتد بالصورة الثالثة إلا لمجرد الاستئناس كما قدمنا .

الفرع الثانى

الأوراق العرفية

٦٣٤ — الأوراق العرفية المعدة للإثبات والأوراق العرفية غير المعدة للإثبات : يمكن تقسيم الأوراق العرفية التي تكون لها حجية في الإثبات إلى قسمين :

القسم الأول — أوراق عرفية أعدت مقدما للإثبات . فهي أدلة مهيأة (preuves préconstituées) ، ولذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه .

القسم الثانى — أوراق لم تعد مقدما للإثبات ، ولكن القانون يجعل لها حجية في الإثبات إلى مدى معين ، فهي أدلة عارضة (preuves casuelles)

(١) سواء كانت الصورة الثانية موجودة أو غير موجودة . وإذا كانت موجودة فسواء كانت الصورة الثالثة مطابقة لها أو غير مطابقة ، فهذا كله لا يعتد به ، ومن ثم لا جدوى من تحقيق هذه المطابقة . والمهم هو مطابقة الصورة الثالثة للصورة الأصلية . إن وجدت هذه .

وأكثر هذه الأوراق لاتكون موقعة ممن هى حجة عليه . وذلك كدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية . وبعضها قد يكون موقعا وإن لم يعد فى الأصل للإثبات . وذلك كالرسائل وأصول البرقيات[1] .

المبحث الأول

الأوراق العرفية المعدة للإثبات

٦٣٥ — شروط صحتها وحجيتها فى الإثبات : نتناول بحث الأوراق العرفية المعدة للإثبات ، كما بحثنا الأوراق الرسمية ، من ناحيتين : (١) الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة العرفية (٢) حجية الورقة العرفية فى الإثبات .

المطلب الأول

شروط صحة الورقة العرفية

٦٣٦ — التوقيع هو الشرط الوحيد : الورقة العرفية المعدة للإثبات لايشترط فى صحتها إلا توقيع من هى حجة عليه . فإذا كان العقد ملزماً للجانبين كالبيع وأثبت فى ورقة عرفية . وجب توقيع كل من البائع والمشترى . وإذا كان ملزماً لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة . وجب توقيع المودع عنده[2] . وإذا كان مخالصة بالدين . وجب توقيع الدائن ، وهكذا . ويكون التوقيع عادة بالإمضاء ، ويجوز أن يكون — لاسيما بالنسبة إلى الأميين — بالختم أو ببصمة الأصبع[3] . والختم لايزال منتشراً فى القرى بوجه خاص لغلبة الأمية ، وعيبه أن التقليد فيه أيسر منه فى الإمضاء . أما بصمة الأصبع فأكثر دقة .

---

(١) ولا محل لمثل هذا التقسيم فى الأوراق الرسمية . فكلها بوجه عام معد للإثبات .

(٢) نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٨ ص ٥٧٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن للبصمة قوة الإمضاء فى نظر الشارع المصرى ، وبأن التوقيع بالإمضاء لا ينفى التوقيع ببصمة الأصبع أيضاً ، إذ قد يكون التوقيع بالبصمة بالإضافة إلى الإمضاء تلبية لطرف الآخر الذى يقصد التحفظ من الطعون التى قد توجه فى المستقبل إلى صحة الإمضاء (نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٣ ص ١٠٠٩) .

ولا يشترط فى الإمضاء أو الختم أن يوضع بالاسم الثابت فى ورقة الميلاد . بل يكفى أن يوقع صاحب الشأن بالاسم الذى اعتاد أن يوقع به . ويوضع التوقيع عادة فى آخر الورقة ، حتى يكون منسحباً على جميع البيانات المكتوبة الواردة فيها . ولكن ليس من الضرورى توقيع الإضافات والإحالات وما إليها كما هو الأمر فى الورقة الرسمية ، ويترك غير الموقع منها لتقدير القاضى من ناحية قوة الإثبات ، ولذلك يكون الأفضل توقيعها قطعا للشك .

ويجب على صاحب الشأن أن يوقع بنفسه[١] . أما البيانات المكتوبة . فيصح أن تكون بخط المدين أو بخط أى شخص آخر ولو كان الدائن[٢] . وتكتب الورقة العرفية بأية لغة ، حتى بلغة اصطلاحية معروفة من أصحاب الشأن ، فاللغة العربية ليست ضرورية كما هو الأمر فى الورقة الرسمية . ويجوز أن تكون الكتابة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالطباعة أو بالفوتوغرافيا أو بأية طريقة أخرى . وإذا كانت الكتابة باليد ، صح أن تكون بالمداد أو بالقلم الرصاص أو بأية مادة كاتبة أخرى . وكثير من الأوراق العرفية ، كعقود الإيجار والمخالصات وعقود التأمين واشتراكات المياه والنور وكثير من عقود الإذعان ، تكون مطبوعة ويقتصر أصحاب الشأن بوجه عام على ملء الفراغ الذى يخصص التصرف المراد إبرامه .

ولا يشترط فى صحة الورقة العرفية أن تكون مؤرخة ، إلا فى حالات معينة نص عليها القانون كالكمبيالة والسند الإذنى والشيك والتظهير . ولكن التاريخ فى الورقة العرفية بيان من البيانات الهامة ، فقل أن يغفله أصحاب الشأن وإلا شق عليهم بعد ذلك إثباته . بل إن تاريخ الورقة العرفية لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا كما سنرى .

ويتبين مما قدمناه أن التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية[٣] .

---

(١) فإذا وقع الورقة باسم صاحب الشأن شخص آخر ، كأمين سر أو مدير مكتب أو نحو ذلك ، فالتوقيع لا يصح والورقة باطلة لا حجية لها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ثبوت صحة التوقيع على الورقة العرفية يجعلها بما ورد فيها حجة على صاحبه ، بصرف النظر عما إذا كان صلب الورقة محررا بخطه أو بخط غيره (نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٣٠ ص ١٦٦) .

(٣) فلا يشترط لصحة الورقة أن تكون مستوفية لشروط قانون التمغة ، فإذا لم يوضع =

والورقة العرفية غير الموقعة لا تصلح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كانت بخط المدين . وإذا تعددت التوقيعات فليس من الضرورى أن توضع جميعها فى وقت واحد ، بل كل من وقع على الورقة فى أى وقت يكون قد ارتبط بها ، إلا إذا تبين من الظروف أن أصحاب الشأن إنما أرادوا ألا يرتبطوا إلا بتوقيعهم جميعاً[1] .

وغنى عن البيان أن الورقة العرفية إذا كانت باطلة لم يؤد بطلانها إلى بطلان التصرف القانونى ذاته الذى قصد بالورقة أن تثبته ، بل يبقى هذا التصرف قائماً ويصح أن يكون جائز الإثبات بطرق أخرى .

٦٣٧ – قيمة التوقيع على بياض : وقد يضع صاحب الشأن توقيعه على الورقة العرفية قبل كتابتها ، فيقال عندئذ إنه وقع على بياض (blanc seing) . ويكون قد قصد بذلك أن يعهد إلى الطرف الآخر أن يكتب فوق التوقيع البيانات التى اتفق معه على عناصرها الجوهرية ، وترك إليه استكمال تفصيلاتها على أسس معينة . مثل ذلك أن يوقع شخص شيكاً على بياض لمصلحة شخص آخر له معه حساب جار ، ويعهد إليه أن يضع الرقم الدال على قيمة الشيك بمقدار ما على موقع الشيك من رصيد الحساب الجارى بعد

= على الورقة العرفية طابع الدمغة الذى نص عليه القانون لم تكن الورقة باطلة ، ولكن هناك غرامة على من أخل بهذا الواجب .

(١) ويشترط التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٢٥ – ١٣٢٦) لصحة الورقة العرفية ، فوق التوقيع ، الشرط الآتى : (ا) فى الأوراق العرفية التى تثبت عقوداً ملزمة للجانبين ، يجب أن تتعدد نسخها بقدر تعدد أطراف العقد ذوى المصالح المستقلة ، ويجب أن يذكر فى كل نسخة عدد النسخ التى حررت من هذا السند . (ب) وفى الأوراق العرفية التى تثبت عقوداً ملزمة لجانب واحد ، يجب إما أن تكتب كلها بخط المدين ، أو فى القليل أن يكتب المدين بخطه قيمة الالتزام – حروفاً لا أرقاماً – مسبوقة بعبارة يعتمد بها المدين التزامه ، وتكون عادة إحدى هاتين العبارتين Bon pour أو Approuvé pour ، ثم يوقع المدين بإمضائه هذه العبارة ، وهذا التوقيع ينسحب على الاعتماد وعلى مشتملات الورقة فى وقت واحد . والعقود الملزمة لجانب واحد التى تخضع لهذا الشرط هى العقود التى يكون محل الالتزام فيها مبلغاً من النقود أو جملة من الأشياء المثلية ، حتى يستطاع تقدير محل الالتزام برقم هو الذى يكتبه المدين بخطه حروفاً .

وتقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى (م ١٤٦ – ١٤٧) ، دون سائر التقنينات العربية ، يشترط فى الورقة العرفية ما يشترطه التقنين المدنى الفرنسى .

تصفيته . والتوقيع على بياض صحيح ، ومن شأنه أن يكسب البيانات التى ستكتب بعد ذلك حجية الورقة العرفية . فإن هذه الحجية تستمد كما قدمنا من التوقيع لا من الكتابة .

على أن من يؤتمن على هذا التوقيع يجب عليه أن يراعى الأمانة . فلا يضع فى الورقة بيانات غير ما اتفق عليه مع الموقع ، وإلا عوقب جنائياً[1] . أما من الناحية المدنية ، فعبء إثبات تسليم الورقة الموقعة على بياض وخيانة من تسلمها يقع على من وضع توقيعه على بياض . ولا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة[2] كما سنرى . فإذا استطاع من وقع على بياض هذا الإثبات ، فقدت الورقة حجيتها فيما بين الطرفين . ولكنها لا تفقد هذه الحجية بالنسبة إلى الغير حسن النية . فمن تعامل مع متسلم الورقة معتقداً أنها ورقة صحيحة ، فحولت إليه مثلا ، يكون له أن

---

(١) وقد نصت المادة ٣٤٠ من تقنين العقوبات على أن « كل من اؤتمن على ورقة ممضاة أو مختومة على بياض ، فخان الأمانة وكتب فى البياض الذى فوق الختم أو الأمضاء سند دين أو مخالصة أو غير ذلك من السندات والتمسكات التى يترتب عليها حصول ضرر لنفس صاحب الإمضاء أو الختم أو لماله ، عوقب بالحبس ، ويمكن أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز خمسين جنيها مصريا . وفى حالة ما إذا لم تكن الورقة الممضاة أو المختومة على بياض مسلمة إلى الخائن وإنما استحصل عليها بأية طريقة كانت ، فإنه يعد مزورا ويعاقب بعقوبة التزوير » .

(٢) ولكن إذا كان التوقيع على بياض ذاته قد تم الحصول عليه خلسة من غير علم صاحب التوقيع . كان التوقيع نفسه غير صحيح وكانت الورقة باطلة . وعوقب من أساء استعمال التوقيع بعقوبة التزوير (م ٣٤٠ عقوبات سالفة الذكر) . ولصاحب التوقيع أن يثبت هذا الاختلاس بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، لأنه إنما يثبت غشا . بل إن حسن النية الذى تعامل مع المختلس على أساس أن الورقة صحيحة لا يستطيع أن يتمسك بحجية الورقة فى حق صاحب التوقيع ، ذلك أن صاحب التوقيع لم يسلم توقيعه على بياض للمختلس . بل إن هذا هو الذى اختلس منه التوقيع ، فلا يمكن أن ينسب إلى الموقع أى اهمال .

وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل فى الأوراق الموقعة على بياض أن تغيير الحقيقة فيها ممن استؤمن عليها هو نوع من خيانة الأمانة ، ومن ثم فإنه يرجع فى إثباته إلى القواعد العامة . ومن مقتضاها أنه لا يجوز إثبات عكس ما هو ثابت فى الورقة الموقعة على بياض إلا أن تكون هناك كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولا يخرج عن هذا الأصل إلا حالة ما إذا كان من استولى على الورقة قد حصل عليها خلسة أو نتيجة غش أو طرق احتيالية أو بأية طريقة أخرى خلاف التسليم الاختيارى ، فعندئذ يعد تغيير الحقيقة فيها تزويراً يجوز إثباته بكافة الطرق (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٢٧ ص ٢١٢) .

يتمسك بحجية الورقة فى حق من وقع على بياض . ويرجع الموقع على من أساء استعمال توقيعه .

المطلب الثانى

حجية الورقة العرفية فى الإثبات

٦٣٨ — مسائل ثلاث : نجرى فى بحث حجية الورقة العرفية على ما جرينا فى بحث حجية الورقة الرسمية . فنتكلم فى حجية الورقة العرفية فى الإثبات فيما بين الطرفين . ثم فى حجيتها فى الإثبات بالنسبة إلى الغير . ثم فى حجية صور الورقة العرفية فى الإثبات.

§ ١ – حجية الورقة العرفية فيما بين الطرفين

٦٣٩ — نوعان من الحجية : فيما بين الطرفين . تكون للورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقعها حجية قائمة إلى أن ينكرها صاحب التوقيع . ومن حيث صحة ما ورد بها من الوقائع ذاتها تكون للورقة العرفية حجية قائمة إلى أن يثبت العكس .

٦٤٠ — حجية الورقة من حيث صدورها ممن وقعها : تنص المادة ٣٩٤ مدنى على ما يأتى : « تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها . ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار . ويكفى أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق »(١). ويخلص من هذا النص أنه إذا اعترف صاحب التوقيع بصدور الورقة منه أو سكت ولم ينكر صراحة صدورها . اعتبرت الورقة صادرة منه . واعتبر التوقيع توقيعه والخط المنسوب إليه خطه . وتصبح الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقعها فى قوة الورقة الرسمية . ولا يجوز لصاحب التوقيع أن

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٩ — ١٠ (موافق) — الليبى م ٣٨١ (مطابق) — العراقى م ٤٥٥ (موافق) . أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٤٩ — ١٥٠ (موافق) .

يعود بعد ذلك إلى الإنكار ، إلا أن يطعن بالتزوير . أما إذا أنكر صراحة توقيعه أو خطه ، فأنكر بذلك أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه ، فعلى المحتج بالورقة عبء إثبات صدورها من صاحب التوقيع . وذلك بأن يطلب إحالة الورقة على التحقيق وفقا لإجراءات مرسومة فى تحقيق التوقيع والخطوط[1] .

والإنكار إنما يرد على الأوراق العرفية. أما ادعاء التزوير فيرد على جميع الأوراق الرسمية والعرفية . ومعنى ذلك أن الورقة العرفية تحتمل الطعن بالتزوير والإنكار. فلصاحب التوقيع أن يكون هو المهاجم فيطعن فى الورقة العرفية بالتزوير ويقع عليه عندئذ عبء الإثبات ، وله كما بينا أن يقتصر على إنكار الورقة فيلجأ المحتج بها إلى اجراءات تحقيق الخطوط ويقع عليه لا على صاحب التوقيع عبء الإثبات . أما إذا كانت الورقة رسمية ، فلا يستطيع صاحب التوقيع إنكار صدورها منه إلا إذا طعن فى الورقة بالتزوير كما قدمنا . والذى يبرر هذا الفرق فى الحكم بين الورقة الرسمية والورقة العرفية أن الورقة الرسمية تحمل توقيع الموظف العام الذى وقعها ، وفى هذا الموظف من الضمانات وعليه من المسئولية ما يسمح بافتراض صحة صدور الورقة الرسمية من صاحب التوقيع . فإذا أراد هذا أن ينكر صدور الورقة منه فعليه هو عبء الإثبات ولا سبيل له إلا الطعن بالتزوير. أما الورقة العرفية فلا تتوافر فيها هذه الضمانات ، بل هى ورقة تحمل توقيعا يقول المتمسك بها إنه توقيع خصمه ، فإذا أنكر هذا الخصم لم يكن عليه هو أن يحمل عبء الإثبات ، بل المتمسك بالورقة هو الذى يحمل هذا العبء فيثبت أن الورقة صادرة حقا من صاحب التوقيع عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط[2] .

---

(١) أما إذا كان التوقيع مصدقا عليه ، فلا يجوز لصاحبه الاكتفاء بالإنكار ، بل يجب عليه الطعن بالتزوير ، لأن التصديق على التوقيع يعتبر فى هذه الحدود ورقة رسمية .

(٢) وقد يعترف المدين ببصمة الختم ، ولكنه ينكر أنه وقع به على الورقة . وهذا يحدث كثيراً ، فإن الختم منفصل عن صاحبه . ويقع أن يحصل شخص على ختم لآخر فيوقع به ورقة دون علم صاحب الختم . وقد كانت الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر – قبل إنشاء محكمة النقض – قد قضت بأن على المتمسك بالورقة الموقعة بختم اعترف صاحبه ببصمته دون التوقيع به ، أن يثبت =

وإذا أنكر صاحب التوقيع صدور الورقة العرفية منه ، ثم أثبت التحقيق أنه هو الذى وقعها ، صارت هذه الورقة العرفية ، كالورقة التى اعترف بها أو سكت عن إنكارها ، فى قوة الورقة الرسمية . وفى جميع الأحوال ، سواء اعترف صاحب التوقيع بالورقة أو سكت عن إنكارها أو أنكرها وأثبت التحقيق صدورها منه ، يجوز له أن يطعن فى هذه الورقة العرفية بالتزوير كما يجوز له ذلك فى الورقة الرسمية ، ويحمل هو عبء إثبات تزويرها(1) .

٦٤١ — حجية الورقة العرفية من حيث صحة الوقائع التى وردت بها :

أما البيانات التى وردت فى الورقة العرفية ، فإنها تعتبر صحيحة إلى أن يقوم

=أن صاحب الختم هو الذى وقع به على الورقة . فلا يجوز فى هذه الحالة مطالبة صاحب الختم بالرغم من اعترافه بالبصمة أن يطعن فى الورقة بالتزوير ، بل ولا أن يثبت أنه لم يوقع الورقة بختمه من غير طعن بالتزوير . والمتمسك بالورقة هو الذى يقع عليه عبء إثبات أن صاحب الختم قد وقع الورقة بختمه ، حتى يستكمل بذلك دليله (استئناف مصر الدوائر المجتمعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٠٦ ص ٣٦٧) .

وبعد إنشاء محكمة النقض ، اطردت أحكام هذه المحكمة على عكس ما قضت به محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة . ويمكن القول إن القضاء قد استقر الآن فى مصر على أن من يقر ببصمة ختمه لا يجوز له أن ينكر التوقيع بالختم إلا إذا سلك طريق الطعن بالتزوير . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القانون المصرى أقام حجية الأوراق على شهادة ذات الإمضاء أو الختم الموقع به عليها ، فمتى اعترف الخصم الذى تشهد عليه الورقة بأن الأمضاء أو الختم به عليها هو إمضاؤه أو ختمه أو متى ثبت ذلك بعد الإنكار بالدليل الذى يقدمه المتمسك بالورقة ، فلا يطلب من هذا المتمسك أى دليل آخر لاعتماد صحة الورقة وإمكان اعتبارها حجة بما فيها على خصمه صاحب الإمضاء أو الختم . ولا يستطيع هذا الخصم التنصل مما تثبته عليه الورقة إلا إذا بين كيف وصل إمضاؤه هذا الصحيح أو ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التى عليها التوقيع وأقام الدليل على صحة ما يدعيه من ذلك ، فإن هذه هى منه دعوى تزوير بحتة يجب أن يسار فيها بطريقها القانونى ، ذلك بأن القانون لا يعرف إنكار التوقيع بالختم ، بل لا يعرف إلا انكار بصمة الختم (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) . وانظر أيضاً : نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٥ ص ٤٠٩ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٤ ص ٧٢١ .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا حصل الإنكار وحكم بصحة الورقة ، ثم طعن فيها بالتزوير وقبلت أدلته وحكم برد الورقة وبطلانها ، لم يبق فى القضية إلا الحكم الثانى الصادر فى دعوى التزوير وهو وحده الحكم المعتمد ، فلا محل إذن للقول بوجود تناقض موجب لرفع التماس عن الحكم الثانى (استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٥٠ ص ١١٥) . وانظر أيضاً : استئناف أسيوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ٤ ص ٩٤ — استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٣ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٦ .

الدليل على العكس . فإذا كانت الورقة العرفية تثبت مثلا أن بيعا صدر من شخص إلى آخر وأن المشترى قبض الثمن . افترض أن هذه الوقائع جميعها جدية غير صورية . وكان ذكرها فى الورقة العرفية قرينة على أنها صحيحة ، ولكنها قرينة يجوز دحضها بإثبات العكس(١). فلصاحب التوقيع أن يثبت فى مواجهة الطرف الآخر أن البيع صورى أو أن الثمن لم يقبض . ولا يقتصر صاحب التوقيع هنا على الإنكار ، كما فعل عندما أنكر صدور الورقة منه ، بل يقع عليه عبء إثبات العكس طبقا للقواعد العامة . ومن هذه القواعد أنه لا يجوز . بالنسبة إلى الطرف الآخر . إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة .

ويدخل فى صحة الوقائع صحة تاريخ الورقة العرفية . فالتاريخ الذى تحمله هذه الورقة تفترض صحته . حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وأن حقيقته كذا . ولا يثبت هنا أيضاً ما يخالف المكتوب إلا بالكتابة(٢).

كذلك قيام التصرف القانونى فى ذاته من صحة ونفاذ وغير ذلك . كل هذا ينفتح باب الطعن فيه أمام صاحب التوقيع . ولا يمنعه اعترافه بصدور الورقة منه من أن يطعن فى التصرف القانونى — لا فى الورقة — بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أو بعدم مشروعية السبب أو بأى دفع موضوعى أو شكلى آخر .

---

(١) أما الورقة الرسمية فقد رأينا أن صحة بياناتها يجب التمييز فيما بين ما يعد إنكاره طعنا فى أمانة الموثق فيجب سلوك دعوى التزوير فى هذا الإنكار . وبين البيانات التى لا يتضمن إنكاره طعنا فى أمانة الموثق والإنكار هنا يكتفى فيه بتحميل المنكر عبء إثبات العكس كما هى الحال فى جميع البيانات الواردة فى الورقة العرفية .

(٢) نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٢ ص ٦٧٦ — استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٥ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٨ — ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٢ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١ — ولما كان الغالب أن صحة التاريخ فيما بين الطرفين لا تناقش إلا عند ادعاء تقديم التاريخ أو تأخيره بطريق الغش . وكان الغش يجوز الإثبات بجميع الطرق . فإنه يقع كثيراً أن يتمكن أحد الطرفين أن يثبت فى مواجهة الآخر عدم صحة التاريخ بالبينة أو بالقرائن (استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢) .

§ ٢ – حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير

٦٤٢ — مسألتان : نستعرض حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير : (ا) من حيث صدورها من صاحب التوقيع ومن حيث صحة الوقائع التى وردت بالورقة (ب) ومن حيث صحة التاريخ الذى تحمله الورقة .

(ا) حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صدورها ممن وقعها ومن حيث صحة الوقائع التى وردت بها

٦٤٣ — تعريف الغير : الغير هنا – كالغير فى حجية الورقة الرسمية – هو كل شخص غير الطرفين يجوز أن يسرى فى حقه التصرف القانونى الذى تثبته الورقة العرفية ، ومن ثم يصح أن يحتج عليه بهذه الورقة كدليل على التصرف الذى يراد أن يسرى فى حقه . وهو بوجه عام الخلف العام لصاحب التوقيع وخلفه الخاص والدائن[1] .

٦٤٤ — حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صدورها ممن وقعها : هى نفس الحجية فيما بين الطرفين على النحو الذى قدمناه . فتعتبر الورقة العرفية . بالنسبة إلى الخلف العام لصاحب التوقيع وخلفه الخاص والدائن ، صادرة من صاحب التوقيع إلى أن ينكر هذا صدورها منه . أما إذا اعترف بالورقة أو سكت ، فقد أصبحت الورقة حجة عليه وعلى الغير معاً . وإذا أراد هو أو أراد الغير انكارها بعد ذلك فلا سبيل إلا الطعن بالتزوير .

وإذا احتج المتمسك بالورقة العرفية ، بعد موت صاحب التوقيع ، على الخلف العام لهذا الأخير (الوارث أو الموصى له بحصة من التركة ، أو الخلف

---

(١) وسنرى أن « الغير » تضيق دائرته فى حجية تاريخ الورقة العرفية . « والغير » – كما هو معروف – يختلف تحديده تبعا لأوضاعه المختلفة . فالغير فى حجية الورقة قد حددناه ، وسنحدده تحديداً آخر فى التاريخ الثابت ، وفى حجية الأمر المقضى ، وفى الصورية . وله تحديد خاص يختلف عما تقدم فى أثر العقد أو سريانه وفى التسجيل . وهو فى كل وضع من هذه الأوضاع يتحدد على نحو يتلاءم مع هذا الوضع . والفكرة المشتركة فى كل هذه الأوضاع أن أثراً قانونيا معينا قد يمتد لشخص تقضى المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه ، فيعتبر من « الغير » بالنسبة إلى هذا الأثر .

الخاص أو الدائن) . فإن هؤلاء لا يطلب منهم ، لإسقاط حجية الورقة العرفية ، إنكار صريح كما كان يطلب من صاحب التوقيع . بل يكفى من أى منهم ، حتى لا تكون الورقة حجة عليه إلا بعد تحقيقها وفقا لإجراءات تحقيق التوقيع والخطوط ، بأن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى منه الحق (م ٣٩٤ مدنى سالفة الذكر) . والسبب فى ذلك واضح ، فإن هؤلاء قد لا يعلمون من أمر الورقة العرفية شيئا وقد فوجئوا بها بعد موت صاحب التوقيع ، فلا يستطيعون اعتمادها أو إنكارها . فيكتفى منهم بهذا القسم .

٦٤٥ — حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صحة الوقائع التى وردت بها : وهذه الحجية أيضاً هى نفس الحجية فيما بين الطرفين على النحو الذى قدمناه . فللوارث مثلا أن يثبت صورية الوقائع الواردة فى الورقة العرفية . وفقا للقواعد المقررة فى الإثبات . وكذلك يفعل الخلف الخاص والدائن . ويلاحظ هنا أن كلا من هذين يعتبر من الغير فى الصورية فله أن يثبتها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن .

أما صحة التاريخ الذى تحمله الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير فله شأن آخر ، وهذا ما ننتقل الآن اليه .

(ب) حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صحة التاريخ

٦٤٦ — أهمية المسألة — النص القانونى : هذه هى أهم مسألة فى حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير . فالورقة العرفية تحمل تاريخا معينا . يفترض بين الطرفين أنه هو التاريخ الصحيح حتى يثبت العكس . فهل للتاريخ هذه الحجية بالنسبة إلى الغير ؟ ظاهر أن هذا لا يمكن التسليم به ، فقد يكون الطرفان متواطئين فى تقديم التاريخ أو فى تأخيره للإضرار بالغير . يتواطآن فى تقديم تاريخ عقد البيع مثلا حتى لا تطعن الورثة بأنه وقع فى مرض الموت . ويتواطآن فى تأخير التاريخ ليخفيا مثلا أن أحد المتعاقدين كان قاصراً وقت التعاقد . فالمعقول إذن ألا يكون تاريخ الورقة العرفية حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا على وجه قاطع ، وعلى هذا جرى نص القانون .

فقد نصت المادة ٣٩٥ مدنى على ما يأتى : « ١ — لا تكون الورقة العرفية

حجة على الغير فى تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت . ويكون تاريخ الورقة ثابتا : (ا) من يوم أن تقيد بالسجل المعد لذلك .(ب) من يوم أن يثبت مضمونها فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ . (جـ) من يوم أن يؤشر عليها موظف عام مختص . (د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه . وبوجه عام من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . ٢ — ومع ذلك يجوز للقاضى ، تبعا للظروف ، ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات»[١] .

فنبحث : (أولا) من هو المقصود بالغير فى تاريخ الورقة العرفية (ثانيا) ماهى الأوراق العرفية التى تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ (ثالثا) الطرق القانونية التى يصبح بها التاريخ ثابتا .

٦٤٧ — (أولا) من هو المقصود بالغير فى تاريخ الورقة العرفية :

ليس « الغير » بالنسبة إلى حجية تاريخ الورقة العرفية هو نفس « الغير » بالنسبة إلى حجية البيانات الأخرى الواردة فى هذه الورقة . ويحسن قبل أن نحدد « الغير » بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية أن نحدد أولا من لا يعتبر « غيرا » بالنسبة إلى هذا التاريخ ، ثم ننتقل إلى تحديد « الغير » .

٦٤٨ — من لا يعتبر « غيرا » بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية :

لا يعتبر « غيرا » فيحتج عليه بتاريخ الورقة العرفية وذلك إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ، كل من كان ممثلا فى التصرف الذى تشهد به الورقة . ومن ثم لا يعتبر « غيرا » :

١ — الطرفان فى الورقة العرفية : فهذان يكون التاريخ العرفى للورقة حجة عليهما . فإذا كان أحدهما قاصراً أو محجورا عليه ، واتفق الطرفان على تأخير التاريخ حتى لا ينكشف أن التصرف قد صدر وقت القصر ، أو على تقديمه حتى لا ينكشف أن التصرف قد صدر وقت الحجر ، كان التاريخ المؤخر أو المقدم حجة عليهما ، إلا أن يثبت ذو المصلحة منهما أن التاريخ غير صحيح .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١١ (موافق) — الليبى م ٣٨٢ (مطابق) — العراق م ٤٥٦ (موافق) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٥٢ (موافق).

ولما كان تأخير التاريخ أو تقديمه قد وقع هنا غشا وتهربا من أحكام القانون ، فإنه يجوز إثبات ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن .

٢ — الأصيل إذا كان أحد أطراف الورقة العرفية هو نائبه كأن كان وكيله أو وليه أو وصيه أو القيم عليه : فالتاريخ العرفى للورقة التى يوقعها النائب يكون حجة على الأصيل لأنه كان ممثلا فى التصرف ، إلا إذا أثبت عدم صحة التاريخ وأنه قدم مثلا حتى لا ينكشف أن التصرف قد صدر فى وقت كانت النيابة فيه قد انقضت . وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن بسبب ما انطوى عليه تقديم التاريخ من الغش [1] .

٣ — الوارث وكل خلف عام كالموصى له بحصة من التركة : ذلك أن الخلف العام يعتبر ممثلا فى جميع العقود التى يبرمها السلف ، فالبيع المدون فى ورقة عرفية الصادر من المورث يكون حجة فى تاريخه العرفى على الوارث كما هو حجة على المورث ، ومن ثم لاتعتبر العين المبيعة جزءاً من التركة يمتد إليها حق الوارث [2] . وإذا باع شخص دارا بورقة عرفية غير ثابتة التاريخ ، وكان محجورا عليه للسفه ولكن تاريخ الورقة سابق على تسجيل قرار الحجر ، فإن هذا التاريخ العرفى يكون حجة على السفيه وعلى ورثته جميعا . ولايستطيع أحد منهم أن ينقض هذه الحجية إلا إذا أثبت أن التاريخ قد قدم عمداً حتى يصور البيع واقعا فى وقت لم يكن فيه البائع محجوراً عليه . وأن التاريخ الحقيقى كان بعد تسجيل قرار الحجر (م ١١٤—١١٥ مدنى) . ولما كان تقديم التاريخ فى هذه الحالة يعتبر غشا . فإنه يجوز للوارث والخلف العام . كما كان يجوز للمورث . إثبات عدم صحته بجميع الطرق [3] . كذلك يكون التاريخ العرفى للورقة حجة على الوارث . إلى أن يثبت أن هذا التاريخ قد قدم غشا لإخفاء أن البيع قد صدر فى مرض الموت . فى هذه الحالة أيضاً لايعتبر

---

(١) استئناف مختلط ٣١ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٢ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١ — ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٦٥ .

(٢) نقض مدنى ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجلة القانون والاقتصاد ١١ — ٢٣ — ٣٢ .

(٣) نقض مدنى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٨ ص ٥٠٧ .

الوارث من الغير ، فيكون التاريخ العرفى حجة عليه إلى أن يثبت تقديمه بجميع الطرق(١) .

---

(١) ولا يعتد بأن الوارث إنما يهاجم البيع ، الصادر فى مرض الموت من مورثه ، بموجب حق له خاص (droit propre) استمده من القانون . ذلك بأن التاريخ العرفى للبيع لا يزال حجة عليه هنا كما هو حجة على أى خلف عام . فيتعين عليه أولا أن يزحزح حجيته بإثبات التاريخ الصحيح الذى صدر فيه البيع . فإذا ما أثبت هذا التاريخ الصحيح مبينا أنه يقع فى وقت كان المورث فيه مريضاً مرض الموت ، عند ذلك يصبح الوارث من الغير ، ولكن لا من حيث حجية التاريخ العرفى بل من حيث سريان البيع فى حقه . فلا يسرى البيع فى حقه فيما زاد على ثلث التركة . ونرى من ذلك أنه يجب عدم الخلط بين « الغيرية » فى سريان التصرف و« الغيرية » فى ثبوت التاريخ . وقد وقع فى هذا الخلط القضاء المصرى ، فهو متردد مضطرب . أخذ فى مرحلة أولى بالرأى الصحيح ، وقرر أن الوارث فى تصرفات مورثه فى مرض الموت لا يعتبر من الغير من حيث تاريخ التصرف ، فيحتج عليه بهذا التاريخ إلى أن يثبت عدم صحته (استئناف مصر ١٩ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٥ ص ١٥ — ١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٤٧ ص ٩٠٧) . ثم رجع فى مرحلة ثانية عن الرأى الصحيح إلى الرأى الخاطىء . فجعل الوارث « غيرا » فى التاريخ العرفى لتصرفات مورثه الصادرة فى مرض الموت ، فلا يكون هذا التاريخ حجة عليه ولا يكلف بإثبات عدم صحته ، ولا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت (استئناف مصر ٢٧ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٧ ص ٩٧٦ — ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٤٠ ص ٦٨٢ — ١٤ يونيه سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٨ ص ٤١٥) . وفى مرحلة ثالثة وهى المرحلة الحالية ، وقف القضاء موقفاً صحيحاً من الناحية العملية . فجعل التاريخ العرفى للتصرف الصادر من المورث فى مرض الموت حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحة التاريخ بجميع الطرق . ولكنه وقف موقفاً غير واضح من الناحية الفقهية . إذ ظل يعتبر الوارث « غيرا » لا يحتج عليه بالتاريخ العرفى . وإن كلفه بعد ذلك بإثبات عدم صحة التاريخ بجميع الطرق . فصار التاريخ العرفى بذلك يحتج به على الوارث وأجيز لهذا أن يثبت عدم صحته . وهذه هى خصائص الخلف لا الغير (استئناف مصر ١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٦٠ ص ٥٥٠ — ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ ص ٦٩ — نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٧١ ص ٨٧٩ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٢٧ ص ٦٦١ — ٣٠ فبراير سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٥٠٤ ص ١١٠٦ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٢٨٥ ص ٩٨٤ — ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٥٢٥) . والذى أوقع القضاء فى هذا اللبس هو خلطه بين « الغيرية » فى سريان التصرف و« الغيرية » فى ثبوت التاريخ . فالوارث ليس « غيرا » فى التاريخ العرفى لتصرف مورثه الصادر فى مرض الموت فيحتج عليه به إلى أن يثبت عدم صحته ، وهو « غير » فى سريان هذا التصرف فى حقه . فسمى القضاء الوارث « غيرا » فى التاريخ العرفى للتصرف ، وهو يريد بذلك أن يكون « غيرا » فى سريان التصرف .

على أننا ننقل حكما واحداً لمحكمة النقض قررت فيه الرأى الصحيح فى هذه المسألة . فقد قضت بأن الوارث - بحكم كونه خلفاً عاما لمورثه - لا يمكن أن يعد من « الغير » فى معنى المادة ٢٢٨ مدنى =

٤ – الدائن العادى : فهو لايعتبر « غيرا » فى التاريخ العرفى للورقة التى صدرت من مدينه . ويكون هذا التاريخ حجة عليه . ولكن له – كما للمدين – أن يثبت عدم صحة التاريخ إذا كانت له مصلحة فى ذلك . وتتحقق هذه المصلحة فى دعويين : الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية . فى الدعوى غير المباشرة إذا طالب الدائن نيابة عن مدينه مدين مدينه بالدين ، وتقدم مدين المدين بورقة عرفية صادرة من المدين تفيد إبراءه من الدين مثلا . كان التاريخ العرفى لهذه الورقة حجة على الدائن كما هو حجة على المدين . ولكن يستطيع

= (م ٣٩٥ جديد) . بل حكمه بالنسبة إلى المحررات غير الرسمية التى يكون المورث طرفا فيها حكم مورثه . فتاريخها يكون بحسب الأصل حجة عليه ولو لم يكن ثابتا ثبوتا رسميا . سواء كانت صادرة إلى وارث أو إلى غير وارث . ولكن إذا ادعى الوارث أن تصرف المورث كان غشا واحتيالا على القانون إضرارا بحقه الشرعى فى الميراث ، فطعن فيه بأنه صدر فى مرض الموت وأن تاريخه غير صحيح ، فيجوز له أن يثبت مدعاه ، وتعلق له كل طرق الإثبات إذ المضرور بالغش لم تكن له خيرة فيه فلا وجه للتضييق عليه فى إثباته بحصره فى طريق دون طريق . فإذا كانت المحكمة ، حين قضت ببطلان البيع الصادر من المورث إلى بعض ورثته ، قد أسست ذلك على أن المدعين الذين يطعنون فى العقد بصدوره فى مرض الموت وهم ورثة البائع لا يحاجون بتاريخ عقد البيع غير المسجل بزعم أنهم من الغير ، وجعلت التحقق من قيام حالة مرض الموت منوطا بالتاريخ الثابت ثبوتا رسميا دون التاريخ الأول (العرفى) ، غير آبهة لدفاع من صدر لهم العقد بعدم قيام حالة مرض الموت فى ذلك التاريخ غير الثابت رسمياً ، فإن حكمها بذلك يكون مخالفاً للقانون ، إذ هذا التاريخ يكون حجة على هؤلاء الورثة إلى أن يثبتوا عدم صحته (نقض فى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٨) . ولكن لا مناص من الإشارة إلى أن هذا الحكم القيم سبقته وتلته الأحكام التى أسلفنا ذكرها .

وتأثر التقنين المدنى الجديد بهذا الاضطراب فى القضاء فى مرحلته الأخيرة ، فنصت المادة ٩١٦ مدنى على ما يأتى : « وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق . ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا » . فهذه العبارة الأخيرة : « ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا » ، إن أريد بها – كما هو ظاهر العبارة – أن التاريخ العرفى للتصرف الصادر من المورث لا يحتج به على الورثة ، فهذا غير صحيح ، وقد رأينا أن هذا التاريخ حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته . وإن أريد بها – كما هو التأويل المستخلص من سياق النص – أن التاريخ العرفى لا يحتج به على الوارث إلى الحد الذى يمنعه من إثبات العكس ، بل يجوز له مادام التاريخ غير ثابت أن يقيم الدليل على عدم صحته ، فهذا صحيح ، ولكن فيم الحاجة إلى إيراد هذا الحكم البديهى ! فمن المسلم أن كل شخص يحتج عليه بتاريخ عرفى ، ولو كان هو المتعاقد نفسه ، يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ (انظر فى هذا المعنى سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٩٧ هامش ١ – عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ١٤٢ – ص ١٤٣) .

الدائن – كما كان يستطيع المدين – أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ وأنه قدم حتى يصور الإبراء واقعا فى وقت سابق على رفع الدعوى غير المباشرة . وذلك تمهيداً لطعنه فى الإبراء بعد ذلك بالدعوى البولصية حتى يجعله غير سار فى حقه . وننتقل الآن إلى الدعوى البوليصية . وفيها أيضاً لا يعتبر الدائن من الغير . فهو وإن لم يكن يعمل فى هذه الدعوى كنائب عن المدين بل يعمل باسمه الشخصى ، إلا أن شأنه فى ذلك هو شأن الوارث الذى يطعن فى تصرفات مورثه الصادرة فى مرض الموت . كلاهما يعمل بموجب حق خاص به ولكنه مع ذلك لايعتبر من الغير فى صدد حجية التاريخ . فى المثال المتقدم إذا أبرأ المدين مدينه من الدين بورقة عرفية تاريخها غير ثابت . كان هذا التاريخ حجة على الدائن . لافحسب عند مباشرته الدعوى غير المباشرة . بل أيضاً عند مباشرته الدعوى البولصية . ويستطيع الدائن هنا أيضاً أن يثبت عدم صحة التاريخ بجميع الطرق . ليصل إلى إثبات أن التاريخ الصحيح للإبراء متأخر – لا عن تاريخ مباشرته للدعوى غير المباشرة كما كان يفعل عندما كان يباشر هذه الدعوى – بل عن تاريخ نشوء حقه وهو الآن يباشر الدعوى البولصية . ونرى من ذلك أن الدائن فى الدعوى البولصية ليس « غيرا » . فيحتج عليه إذن بالتاريخ العرفى لتصرف مدينه . إلى أن يثبت عدم صحته(١) .

٦٤٩ – من يعتبر غيرا بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية : بعد أن

---

(١) ونطبق هذا الحكم على مثل آخر : يبيع المدين بورقة عرفية سيارة يملكها ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف بالدعوى البولصية . فلا الدائن يعتبر « غيرا » بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية . ولا المشترى يعتبر « غيرا » بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن . أما أن الدائن لا يعتبر « غيرا » بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية ، فلما قدمناه . وينبنى على ذلك أن هذا التاريخ يكون حجة عليه ولو لم يكن ثابتا ، وذلك إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم غشا ليكون سابقا على حقه تفاديا للدعوى البولصية . وأما أن المشترى لا يعتبر « غيرا » بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن ، فذلك لأن المشترى قد تركز حقه فى السيارة التى اشتراها ولم يتركز حق الدائن فى هذه السيارة بالذات ، إذ هى لا تعدو أن تكون داخلة فى ضمانه العام وليس له عليها حتى الآن حق الدائن الحاجز . فليس ثمة تعارض بين حق الدائن وحق المشترى الذى تركز فى السيارة بعينها . وهذا التعارض شرط فى « الغير » كما سنرى . وينبنى على أن المشترى لا يعتبر « غيرا » بالنسبة إلى نشوء حق الدائن أن هذا التاريخ يكون هو أيضاً حجة عليه ولو لم يكن ثابتا ، وذلك إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم غشا ليكون سابقا على تاريخ بيع السيارة تمكينا للدائن من مباشرة الدعوى البولصية.

استعرضنا من لا يعتبر « غيرا » بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية . ننتقل الآن إلى من يعتبر « غيرا » . وقد رأينا أنه لا يعتبر غيرا كل من كان ممثلا التصرف الذى تشهد به الورقة . فيعتبر غيرا إذن كل من لم يكن ممثلا فى هذا التصرف . وهذان هما الخلف الخاص والدائن الحاجز .

١ — الخلف الخاص : لا يعتبر الخلف الخاص ممثلا فى تصرف سلفه إذا كان هذا التصرف تاليا لتاريخ انتقال المال إلى الخلف . أما إذا كان التصرف سابقاً على هذا التاريخ فإنه يسرى فى حق الخلف الخاص . ومن ثم يكون لتاريخ التصرف الصادر من السلف أهمية بالغة . ومن اليسير على السلف أن يجعل تصرفه ساريا فى حق الخلف بتأخيره تاريخ هذا التصرف بحيث يصبح سابقا على تاريخ انتقال المال للخلف . لذلك اشترط القانون . تفاديا لهذا الغش . أن يكون تاريخ التصرف ثابتا حتى يحتج به على الخلف . فإذا فرضنا أن صاحب سيارة باعها من آخر بورقة ثابتة التاريخ . فالمشترى يكون فى هذه السيارة خلفاً خاصا للبائع . ولا يحتج عليه بأى تصرف آخر فى السيارة يصدر من البائع إذا كان تاريخه غير ثابت . فلو أن بائع السيارة باعها مرة أخرى إلى مشتر ثان . فإن المشترى الأول يكون من الغير بالنسبة إلى تاريخ هذا التصرف . ومن ثم فإن تاريخ البيع الثانى إذا كان عرفيا لا يحتج به بتاتا على المشترى الأول . ويفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن هذا البيع الثانى قد صدر بعد البيع الأول حتى لو كان تاريخه العرفى سابقا على ذلك . وإذا كان تاريخ البيع الثانى ثابتا هو أيضاً . احتج به على المشترى الأول . فإن كان سابقاً على تاريخ عقده فضل المشترى الثانى . وإلا فضل المشترى الأول . فإذا لم يكن تاريخ البيع الأول ثابتا وكان البيع الثانى تاريخه هو الثابت . فضل المشترى الثانى لأنه هو الذى يعتبر « غيرا » بالنسبة إلى تاريخ البيع الأول ، ولا يكون هذا التاريخ حجة عليه لأنه تاريخ غير ثابت. فإذا لم يكن لأى من من البيعين تاريخ ثابت . لم يعتبر أى من المشترين « غيرا » فيحتج على كل منهما بالتاريخ العرفى الصادر للآخر . ولكن يكون لكل منهما أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ليدل بذلك على أنه هو صاحب التاريخ الأسبق[1] .

---

(١) وغنى عن البيان أن كل هذا إنما يكون إذا لم يسلم البائع السيارة لأحد من المشترين ، =

٢ — الدائن الحاجز : وهو وإن لم يكن كالخلف الخاص ذا حق عينى فى المال المحجوز إذ لا يزال حقه شخصيا ، إلا أنه ركز حقه فى هذا المال بالحجز ، وأصبح القانون يحميه من تصرفات مدينه التالية للحجز كما يحمى الخلف الخاص[١] . ومن ثم يصبح « غيرا » فى تاريخ الورقة العرفية الصادرة من المدين لتثبت تصرفا له فى المال المحجوز ، فلا يحتج عليه بهذا التاريخ إلا إذا كان ثابتا . ولا يحتج عليه بالتاريخ العرفى ، بل يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا التاريخ تال للحجز — وتاريخ الحجز ثابت دائما — فلا ينفذ التصرف فى حقه حتى لو كان التاريخ العرفى المدون فى الورقة سابقا على الحجز[٢] .

= فإن تسلمها أحدهما متملكاً ، إما بعقد البيع الأول إذا كان هو السابق ، أو بالحيازة فى المنقول إذا كان هو اللاحق وكان حسن النية .

وقد أورد التقنين المدنى جملة من التطبيقات التشريعية للخلف الخاص الذى يعتبر من الغير . نذكر منها : (١) م ٦٠٤/١ مدنى (إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى خلف خاص ، فلا يحتج عليه بتاريخ الإيجار إلا إذا كان ثابتا) . (٢) م ١١١٧ مدنى (إذا ارتهن المنقول دائنان متعاقبان ، كان كل منهما غيرا بالنسبة إلى تاريخ الآخر ، فلا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت ، ومن ثم كان التاريخ الثابت هو الذى يحدد مرتبة الدائن المرتهن) . (٣) م ٣٠٥ مدنى (المحال له خلف خاص فى الحق الذى انتقل إليه من المحيل ، ولا يحتج عليه فى حوالة أخرى صادرة من المحيل إلا بالتاريخ الثابت لهذه الحوالة) .

(١) والحجز هو الحلقة الأولى فى مرحلة التنفيذ . أما قبل الحجز ، حتى لو باشر الدائن الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البولصية ، فإنه لا يزال فى مرحلة سابقة على مرحلة التنفيذ ، وإن كانت تمهد لها . ذلك أن الدائن فى الدعوى غير المباشرة وفى الدعوى البولصية لم يتركز حقه بعد على مال للمدين معين بالذات ، بل هو لا يزال يستعمل حقه فى الضمان العام على أموال مدينه ، فلا يعتبر من الغير كما قدمنا . فإذا انتقل إلى مرحلة التنفيذ بأن حجز على المال الذى باشر بالنسبة إليه الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البولصية ، اعتبر من الغير .

(٢) أما الدائن غير الحاجز فلا يعتبر من الغير كما قدمنا ، حتى بعد شهر إفلاس مدينه أو شهر إعساره . فالحكم بشهر الإفلاس ليس إلا تمهيداً للتنفيذ الجماعى ، والإفلاس لا يعدل الحجز . ومن ثم يكون التاريخ العرفى للتصرفات الصادرة من المدين المفلس حجة على دائنيه ، ويكون لهؤلاء بداهة الحق فى إثبات عدم صحة هذا التاريخ . وكالإفلاس الإعسار . فالحكم بشهر الإعسار كالحكم بشهر الإفلاس ليس إلا تمهيداً للتنفيذ ، ومن ثم يكون التاريخ العرفى للتصرف الصادر من المدين المعسر حجة على دائنيه ، ويكون للدائن الحق فى إثبات التاريخ الحقيق لهذا التصرف . ويذهب جمهور الفقهاء فى مصر إلى الرأى العكسى ، فيقولون بأن الدائن للمدين المفلس يعتبر من الغير (محمد صالح فى الإفلاس والصلح الواقى فقرة ٥٠ — سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٦٧ — عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٢٧) . ويميل الأستاذ أحمد نشأت (الإثبات ١ فقرة ٢٢٨) إلى عدم اعتبار دائن المدين المفلس من الغير .

٦٥٠ — الشروط الواجب توافرها فى الغير : ويشترط فى « الغير » ، خلفاً خاصاً كان أو دائنا حاجزاً ، شروط ثلاثة :

١ — أن يكون هو نفسه ذا تاريخ ثابت . وقد رأينا فيما أسلفناه أن الخلف الخاص ، حتى لايحتج عليه بغير التاريخ الثابت ، يجب أن يكون تاريخه هو ثابتا . وإذا لم يكن الغير خلفاً خاصا ، كان دائنا حاجزاً . ومن الواضح أن الدائن الحاجز له دائما تاريخ ثابت .

٢ — أن يكون القانون لا يتطلب إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ . ومن أجل ذلك تركنا عمداً عند الكلام فى الخلف الخاص مشترى العقار والمرتهن له . ذلك أن القانون يتطلب فى بيع العقار إجراء آخر هو التسجيل ، وفى رهن العقار إجراء آخر هو القيد . ومن ثم كانت المفاضلة بين المشترين لعقار واحد ليست بالأسبقية فى التاريخ الثابت بل بالأسبقية فى التسجيل ، وكانت المفاضلة بين المرتهنين لعقار واحد ليست بالأسبقية فى التاريخ الثابت بل بالأسبقية فى القيد .

٣ — أن يكون الغير حسن النية . فإذا أسرع المشترى الثانى للمنقول فى إثبات تاريخ البيع الصادر له وهو يعلم أن البيع الأول سابق على عقده وإن لم يكن ثابت التاريخ ، فالمفاضلة لأول وهلة بين المشترين تقضى بتفضيل المشترى الثانى ثابت التاريخ على المشترى الأول غير ثابت التاريخ . ولكن إذا استطاع المشترى الأول أن يثبت علم المشترى الثانى وقت شرائه المنقول بسبق بيعه من آخر ، فإنه يثبت بذلك أن المشترى الثانى ليس حسن النية . فيختل فى هذا المشترى شرط من شروط « الغير » . ومن ثم يحتج عليه بتاريخ البيع الأول وإن لم يكن ثابتا .

٦٥١ — (ثانيا) الأوراق العرفية التى تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ : تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ كل ورقة عرفية تعد للإثبات مقدما كدليل كامل ، على أن يكون الدليل الكتابى واجبا . وعلى أن يستثنى من ذلك المخالصات . ومن ثم لاتسرى هذه القاعدة فى الأحوال الآتية :

١ — إذا لم تكن هناك ورقة عرفية أصلا لإثبات التصرف القانونى ،

وذلك كما لو وجد تصرف قانونى غير مكتوب وأشير إليه فى ورقة رسمية ، فلا يقال إن لهذا التصرف تاريخا ثابتا هو تاريخ الورقة الرسمية . لأن التصرف ذاته غير ثابت فى ورقة عرفية .

٢ — إذا كانت هناك ورقة عرفية دليلا كتابيا على التصرف . ولكن هذه الورقة لم تعد مقدما للإثبات . فدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية لا تسرى عليها قاعدة ثبوت التاريخ[١] .

٣ — إذا كانت هناك ورقة عرفية ولكنها ليست دليلا كاملا . وذلك كمبدأ الثبوت بالكتابة فهو كقاعدة عامة لايشترط فيه التاريخ الثابت ليكون حجة على الغير .

٤ — إذا كانت هناك ورقة عرفية تعتبر دليلا كاملا . ولكن الدليل الكتابى يكون غير واجب . ويتحقق ذلك فى المسائل التجارية وفى الأوراق العرفية المعدة لإثبات التزام مدنى قيمته لاتزيد على عشرة جنيهات .

٥ — إذا كانت الورقة العرفية هى مخالصة من دين . لما فى اشتراط التاريخ الثابت فى المخالصات من صعوبات عملية . فمن اشترى دارا مؤجرة سرى فى حقه المخالصات بالأجرة الصادرة من البائع للمستأجر ولولم تكن ثابتة التاريخ . إلا إذا كانت الأجرة عن مدة مستقبلة تزيد على ثلاث سنوات فيشترط التسجيل . ولكن يجوز للمشترى أن يثبت بجميع الطرق أن تاريخ المخالصة غير صحيح . وأنه أخر غشا للإضرار بحقه . وقد أقر التقنين المدنى هذا الاستثناء بنص صريح . فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ مدنى كما رأينا على ما يأتى : « ومع ذلك يجوز للقاضى . تبعا للظروف ، ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات » . فجعل النص التقدير إلى القاضى فى خصوص المخالصات . إن رأى أن هناك صعوبات عملية كافية تمنع من توافر التاريخ الثابت لم يطلبه . وإلا أخضع المخالصات كغيرها من الأوراق العرفية للقاعدة العامة وطلب فيها التاريخ الثابت لتكون حجة بهذا التاريخ على الغير[٢].

---

(١) أما الرسائل فإذا أعدت مقدما للإثبات سرت عليها هذه القاعدة . وكذلك إذا لم تعد مقدما للإثبات متى صلحت أن تكون دليلا كتابيا كاملا فإنها تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ استثناء كما تقدم .

(٢) وقد قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٥٣٢) أنه فى سقوط دعوى استرداد غير المستحق . إذا —

٦٥٢ — (ثالثا) الطرق القانونية التى يصبح بها التاريخ ثابتا :

ذكرت المادة ٣٩٥ مدنى فيما رأينا من هذه الطرق خمسة على وجه التحديد . ثم عممت بعد هذا التخصيص فذكرت أن التاريخ يكون ثابتا من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . ومن ثم يكون التاريخ ثابتا على وجه من الوجوه الآتية :

١ — من يوم أن تقيد الورقة العرفية فى السجل المعد لذلك . فيقوم مكتب التوثيق بإثبات تاريخ الورقة العرفية . وذلك بكتابة محضر يثبت فيه تاريخ تقديم الورقة ويوقعه الموثق . وتقيد الورقة فى دفتر معد لذلك يبين فيه أسماء ذوى الشأن ومحال إقامتهم وموضوع الورقة وأداء الرسم ، ويوقعه الموثق وصاحب الشأن عند تسلم الورقة . ويوجد عدا هذا الطريق طريقان آخران لقيد الورقة العرفية فى سجل رسمى فيكون تاريخها ثابتا من يوم هذا القيد : التصديق على التوقيعات والتسجيل .

فالتصديق على توقيعات ذوى الشأن يقوم به الموثق . بأن يوقع ذووالشأن أمامه على الورقة العرفية بحضور شاهدين . ويكتب الموثق محضراً بذلك فى ذيل الورقة . وعند إتمام التصديق تسلم الورقة العرفية إلى صاحب الشأن ، ويصبح تاريخ المحضر المدون بذيلها هو تاريخها الثابت .

والتسجيل إجراء آخر لإثبات التاريخ . فكل ورقة عرفية مسجلة تكون ثابتة التاريخ من يوم تسجيلها على الأقل . بل إنه لما كان التسجيل لايكون إلا بعد التصديق على التوقيع . فتاريخ الورقة المسجلة يثبت من يوم التصديق على التوقيع ولايتأخر إلى يوم التسجيل .

٢ — من يوم أن يثبت مضمون الورقة العرفية فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ . وذلك بأن تذكر الورقة العرفية مع تحديد موضوعها تحديدا معينا لها مانعا من اللبس فى ورقة رسمية — لأن الورقة الرسمية ثابتة التاريخ بحكم رسميتها — أوفى أية ورقة عرفية تكون ثابتة التاريخ . فتكسب الورقة العرفية

=ترك الدائن دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم بعد أن اطمأن إلى استيفائه لحقه . وأراد الدافع الرجوع على المدين الحقيقى بدعوى الإثراء وسنده فيها المخالصة التى حصل عليها من الدائن عندما وفاه الدين . تعين أن يكون لهذه المخالصة تاريخ ثابت لجواز الاحتجاج بهذا التاريخ على المدين .

تاريخا ثابتا هو التاريخ الثابت للورقة الأخرى التي جرى فيها ذكر الورقة الأولى (١) .

٣ — من يوم أن يؤشر على الورقة العرفية موظف عام مختص . وذلك كأن تقدم الورقة العرفية في قضية ليؤشر عليها القاضي أو كاتب الجلسة ، أو تقدم في تحقيق فيؤشر عليها المحقق . أو تقدم في جرد رسمي فيؤشر عليها مندوب الجرد . أو تقدم لصرف نقود فيؤشر عليها مندوب الخزانة العامة (٢) .

٤ — من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة العرفية أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أصبع . أما الخط والإمضاء المعترف بصدورهما من الشخص المتوفى فيجعلان التاريخ ثابتا من وقت الوفاة . بشرط أن يكون يوم الوفاة ثابتا كأن تدل عليه شهادة مستخرجة من سجل الوفيات (٣) . وأما أن الختم يثبت تاريخ الورقة التي تحمل بصمته فأمر كان مقرراً في التقنين المدني الوطني السابق . وتابعه في ذلك التقنين المدني الجديد . وهو محل للنظر إذ أن الختم بعد وفاة صاحبه واحتمال التوقيع بهذا الختم بعد الوفاة شيء يقع (٤) .

---

(١) نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٦ ص ٤١٤ . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن العقد إذا ذكره الطرفان محدداً في إنذارات رسمية ، فإنه يكسب التاريخ الثابت لهذه الإنذارات (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٩ ص ٢٠٥) . ولكن ذلك لا يعني من تقديم الورقة ذاتها ولا يكتفي بمضمونها الوارد في الورقة الأخرى . فالاتفاق الشفوي لا يكسب تاريخا ثابتا إذا ورد مضمونه في ورقة ثابتة التاريخ كما سبق القول .

(٢) وتكسب المراسلات المسجلة تاريخا ثابتا هو تاريخ ختم مصلحة البريد إذا أمكن التثبت منه بالرجوع إلى السجلات الرسمية التي سجلت فيها هذه المراسلات . أما المراسلات غير المسجلة فلا يثبت تاريخها من ختم مصلحة البريد . لأنه لا توجد سجلات رسمية يمكن الرجوع إليها للتثبت من صحة التاريخ . وكذلك تأشير الخبير على ورقة عرفية وذكره الورقة في محضر أعماله لا يكسبها تاريخا ثابتا . لأن المحكمين والخبراء لا يعتبرون موظفين عامين ولا يمكن التثبت من صحة التاريخ الذي يضعونه على الورقة العرفية . هذا ما لم يكن الخبير موظفا عاما كما هو شأن الخبراء الموظفين في وزارة العدل .

(٣) استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢ — ويستوى أن يكون الشخص المتوفى طرفاً في الورقة أو كفيلا أو شاهداً أو غير ذلك (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٥) . على أن مجرد وجود خط الشخص متوفى في الورقة لا يكفي لإثبات التاريخ ، بل يجب أيضاً أن تكون الورقة قد وقعت منذ وجود هذا الخط إذا كانت لا تعتبر دليلا من غير توقيع .

(٤) وقد كان التقنين المدني المختلط لا يذكر أن ختم المتوفى يثبت التاريخ ، وقد جرى القضاء المختلط على عدم الاعتراف بثبوت التاريخ عن طريق بصمة ختم المتوفى ولو ثبت أن الختم قد أعدم =

وبصمة الأصبع أدق من بصمة الختم . على أن احتمال توقيع الورقة العرفية ببصمة شخص متوفى بعد وفاته لايزال قائما وإن كان احتمالا بعيداً ، وهو أبعد على كل حال من احتمال التوقيع بالختم بعد وفاة صاحبه .

٥ — مويوم أن يصبح مستحيلا على أحد ممن لهم على الورقة العرفية أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أصبع أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه . والمثل المألوف لهذه الحالة أن تبتر يد شخص فى تاريخ معروف ، فتكون الورقة العرفية التى وقعها بيده قبل أن تبتر ذات تاريخ ثابت هو تاريخ هذا البتر . وهذا لا يصح إلا بالنسبة إلى الخط والإمضاء وبصمة الأصبع . أما الختم فيمكن التوقيع به بعد بتر اليد فلا تكسب الورقة منه تاريخا ثابتا . وقد تكون العلة فى الجسم التى تستحيل معها الكتابة شيئاً آخر غير البتر كالشلل .

٦ — وقد عمم التقنين المدنى بعد التخصيص كما قدمنا ، فذكر أن الورقة العرفية تكون ثابتة التاريخ من يوم وقوع أى حادث آخر — غير الحوادث التى تقدم ذكرها — يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .

فيكفى فى ثبوت التاريخ تقديم الورقة فى قضية بحيث تتناولها المرافعة . ولولم يؤشر عليها بما يفيد ذلك[١] . ويعتبر التاريخ الثابت للورقة فى هذه الحالة هو يوم تقديمها للمحكمة ، ويثبت ذلك بشهادة من قلم الكتاب[٢] .

ومتى ثبت التاريخ على وجه من الوجوه المتقدمة الذكر ، صار هذا التاريخ الثابت هو الحجة على الغير . وتصبح حجيته على الغير أقوى من حجية التاريخ العرفى على طرفى الورقة . ذلك أن الغير لا يستطيع أن يدحض حجية التاريخ الثابت إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، أما من كان طرفاً فى الورقة فيستطيع أن يدحض حجية التاريخ العرفى بإثبات أن هذا التاريخ غير

= بمجرد الوفاة (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ – ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨) . ومهما يكن من أمر فإنه يجوز ، بالرغم من وجود بصمة الختم فى الورقة ، إثبات أن التوقيع بالختم لم يتم إلا بعد الوفاة ، وهى مسألة واقع تقررها محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦) .

(١) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٣١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٥٥ .

صحيح دون حاجة إلى الطعن بالتزوير (١) .

§ ٣ – حجية الورقة العرفية فيما يتعلق بالصور

٦٥٣ – الأصل ألا حجية لصور الأوراق العرفية : صورة الورقة العرفية ليست لها فى الأصل أية قيمة فى الإثبات . ولو كمبدأ ثبوت بالكتابة ، فهى لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة . وهى فى الوقت ذاته ورقة عرفية ليس لها من الرسمية ما يضفى عليها شيئا من الثقة كما فى صور الأوراق الرسمية. وهذا صحيح حتى لوكانت الصورة المأخوذة من الورقة العرفية صورة فوتوغرافية (٢) .

٦٥٤ – استثناءان : على أن هناك استثناءين تكون فيهما لصورة الورقة العرفية قيمة معينة فى الإثبات :

(الاستثناء الأول) فى حالة التسجيل – ونميز فى ذلك بين عهدين : العهد السابق على قانون التسجيل . وعهد قانون التسجيل (الذى حل محله قانون الشهر العقارى) (٣) .

ففى العهد الأول كان التسجيل يتم بنقل صورة حرفية من الورقة المقدمة للتسجيل فى سجل عام . ثم يعاد الأصل إلى صاحبه . فإذا أعطيت صورة

---

(١) وإذا قام تنازع بين ورقتين لها تاريخ ثابت فى يوم واحد ، فإن أمكن تعيين الورقة الأسبق فضلت صاحبتها ، ويتحقق ذلك إذا كان طريق ثبوت التاريخ بالقيد فى السجل وعينت ساعة القيد أو أعطيت الورقتان رقمين مسلسلين ، فالورقة الأسبق فى الساعة أو فى الرقم المسلسل هى التى يفضل صاحبها . وإذا لم يمكن تعيين الورقة الأسبق . كما لوكانت الورقتان وقعهما شخص واحد توفى واتخذ يوم وفاته تاريخا ثابتا لكل من الورقتين ، فصاحب الورقة المكلف بإثبات أسبقيته يكون قد عجز عن إثبات هذه الأسبقية ، فيتقدم عليه صاحب الورقة الأخرى .

(٢) نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ – ٣ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٨ ص ٥٧٢ – وإذا كانت الصورة العرفية للورقة الرسمية لا حجية لها . فأولى ألا يكون للصورة العرفية للورقة العرفية أية حجية .

(٣) وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى ، ويقضى بصدور قرار من وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى عليها نظام الشهر على أساس إثبات المحررات فى السجل العينى ، ويحدد القرار التاريخ الذى يبدأ فيه هذا السريان على أن يكون هذا التاريخ لاحقاً لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل .

من الورقة المسجلة كانت هذه الصورة رسمية لأن موظفا عاما مختصاً كان هو الذى ينقل هذه الصورة . لا عن الأصل فهو عند صاحبه كما قدمنا . ولكن عن الصورة الرسمية لهذا الأصل العرفى وهى الصورة المدونة فى السجل العام . وكان القضاء فى البداية يعتد بها فى حالة فقد الأصل دليلا كاملا أو على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة(١) . ثم رجع عن ذلك لما رأى ما لجأ اليه بعض الناس من تقديم أوراق مزورة للتسجيل ثم إعدام الأصل المزور . والتقدم بعد ذلك بصورة رسمية منقولة عن الصورة المدونة فى السجل العام . فلا يظهر التزوير لا فى صورة الصورة الأصلية ولا فى الصورة الأصلية ذاتها إذ أن الموظف العام لم يكن من اختصاصه ولا فى إمكانه التحقق من سلامة الأوراق التى تقدم للتسجيل(٢) .

وفى العهد الثانى . وهو العهد الحالى . أصبح واجبا التصديق على التوقيع قبل تسجيل الورقة . وصار الأصل هو الذى يحفظ بمكتب الشهر ويعطى لأصحاب الشأن صور فوتوغرافية من هذا الأصل . فإذا كان الأصل موجودا. وهو الغالب . ولم ينازع الخصم فى مطابقة الصورة الفوتوغرافية للأصل . اكتفى بالصورة دليلا كاملا فى الإثبات(٣) . فإن نازع الخصم فى المطابقة . أمكنت مضاهاة الصورة على الأصل المحفوظ بمكتب الشهر . وكانت الحجية للأصل لا للصورة . أما إذا فقد الأصل — وهذا نادر ولكنه يقع أحيانا لقوة قاهرة كحريق أو سرقة — فإن دقة الصورة الفوتوغرافية ورجحان سلامة الأصل من التزوير بعد التصديق على التوقيع . كل ذلك يسمح بإعطاء هذه الصورة الفوتوغرافية قوة إثبات كاملة . أو فى القليل بجعلها مبدأ ثبوت بالكتابة(٤) .

---

(١) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧١ — ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٥ — ١١ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣١٦ — ١٢ نوفبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٦ .

(٢) نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ دار النشر لأحكام النقض المدنية ١ — ١٣ — ٤٨ — استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٧ — ٤ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٣ — ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٧ .

(٣) استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٨١ ص ٥٤٨ — ٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦ .

(٤) قارن استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٨١ ص ٥٤٨ . ٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦ — وهما الحكمان السابق الإشارة إليهما .

(والاستثناء الثانى) فى حالة ما إذا كانت الصورة العرفية مكتوبة بخط المدين دون أن تحمل توقيعه . وإلا كانت إما نسخة ثانية لها نفس الحجية التى للنسخة الأولى . أو سنداً مؤيداً وسيأتى بيان قيمته فى الإثبات. فالصورة التى نحن بصددها هى إذن مكتوبة بخط المدين ولاتحمل توقيعه . ويمكن فى هذه الحالة اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة لأنها صادرة من المدين مادامت بخطه ، وتستكمل بالبينة أو بالقرائن(١) .

٦٥٥ — **السند المؤيد وقيمته فى الاثبات** : وبين الأصل والصورة يوجد سند ، لا هو مجرد صورة (copie) لأنه يحمل توقيع المدين ، ولاهو نسخة ثانية (exemplaire) لأنه غير معاصر للأصل بل يكتب بعده . فهو إذن أضعف من الأصل وأقوى من الصورة . وهذا هو السند المؤيد (acte recognitif) . وهو سند يتضمن إقرار بحق سبق إثباته فى محرر يسمى بالسند الأصلى (acte primordial) . ويتميز السند المؤيد عن مطلق الإقرار بالحق بأنه لايتضمن إقرارا على إطلاقه . بل يشير إلى أن الحق المقر به قد سبق إثباته فى سند أصلى . ومن ثم إذا تعارض السند المؤيد مع السند الأصلى ، كان السند الأصلى هو المعتبر . ولوكان السند المؤيد إقرارا محضا لأخذ به دون السند الأصلى(٢) .

وتقضى القواعد العامة بأنه إذا وجد سند مؤيد لسند سابق ، اعتد بالسند المؤيد دليلا كاملا . ولكن لما كان السند المؤيد يشير إلى سند أصلى ، فالمفروض أن السند المؤيد مطابق للسند الأصلى ، إلى أن يثبت المدين العكس بإبراز السند الأصلى(٣) . ويستطيع المدين ، إذا لم يقدم السند الأصلى ، إثبات عكس

---

(١) على أنه ليس من الضرورى أن تكون صورة الورقة العرفية مكتوبة بخط المدين نفسه حتى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل يكفى أن تكون صادرة من نائب المدين . مثل ذلك أن يعلن محضر — وهو نائب المعلن — ورقة عرفية إلى المعلن إليه ، فالصورة التى يتركها المحضر بخطه — أو المفروض أنها بخطه لأنها صادرة منه — تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يتمسك به الخصم ضد المعلن (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٦) .

(٢) والسند المؤيد على هذا النحو يصلح من الناحية القانونية لقطع التقادم ، ومن الناحية العملية لتوفير دليل الإثبات عند فقد السند الأصلى إذا كان هذا معرضا للفقد . ويغلب أن يكون ذلك فى الديون الطويلة الآجال وفى الإيرادات المؤيدة .

(٣) وبهذا تقضى المادة ٢٩٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وقد كان المشروع التمهيدى=

ما جاء بالسند المؤيد . ولكن طبقا للقواعد المقررة فى الإثبات . فلا يجوز له أن يثبت ما يخالف الكتابة أوما يجاوزها إلا بالكتابة .

المبحث الثانى

الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات

٦٥٦ — بيان هذه الأوراق : توجد أوراق عرفية لم تعد مقدما للإثبات ، ومع ذلك يجعل لها القانون بنص خاص حجية معينة. ولا يشترط أن يكون موقعا عليها .

وقد نص التقنين المدنى على أربعة أنواع من هذه الأوراق العرفية : (١) الرسائل والبرقيات . (٢) دفاتر التجار . (٣)الدفاتر والأوراق المنزلية . (٤) التأشير ببراءة ذمة المدين .

المطلب الأول

الرسائل والبرقيات

٦٥٧ — نص قانونى : تنص المادة ٣٩٦ مدنى على ما يأتى : «١—تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات . ٢ — وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس

= للتقنين المدنى الجديد يحتوى على نص مماثل . إذ كانت المادة ٥٣٧ من هذا المشروع تنص على أن « السند المؤيد لسند سابق يكون حجة على المدين ، على أنه يجوز للمدين أن يثبت عدم صحة هذا السند بتقديم السند الأصلى » . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص ، ويغلب أن يكون ذلك اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٤ فى الهامش) .

وهذا يخالف حكم التقنين المدنى الفرنسى . فقد نصت المادة ١٣٣٧ من هذا التقنين على أن « السندات المؤيدة لا تعفى من تقديم السند الأصلى ، إلا إذا كان نص السند الأصلى قد دون خصيصا فى السند المؤيد . وما اشتمل عليه السند المؤيد زائداً على السند الأصلى ، أوما اختلف معه فيه ، فليس له من أثر . ومع ذلك يعفى الدائن من تقديم السند الأصلى إذا وجدت جملة من السندات المؤيدة المتطابقة تدعمها الحيازة ، ويكون تاريخ أحد هذه السندات يرجع إلى ثلاثين سنة » .

ذلك . ٣ – وإذا أعدم أصل البرقية . فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس»[(١)]

فنتكلم : فى قيمة الرسالة فى الإثبات . ومتى يحتج بها المرسل إليه . ومتى يحتج بها الغير . ثم فى قوة البرقية فى الإثبات .

٦٥٨ – قيمة الرسالة فى الإثبات: متى كانت الرسالة (lettre missive) موقعة من المرسل . استوفت شرائط الورقة العرفية و صار لها حجيتها . وإن لم تكن قد أعدت مقدما للإثبات إذ هى فى حكم الدليل المعد . فهى حجة على المرسل من حيث صدورها منه . إلا أن ينكر توقيعه أو خطه . وهى أيضاً حجة على المرسل بصحة المدون فيها . إلا أن يثبت العكس بالطرق المقررة وهو لا يستطيع أن يثبت مايخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة . وهى أخيراً حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانونى الذى قد تتضمنه الرسالة . على أن له أن يدفع هذا التصرف بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية التى يسمح بها القانون . ومع ذلك فإن القاضى عند تفسيره للعبارات الواردة فى الرسالة الموقعة – إذا كانت هذه الرسالة لم تعد مقدما للإثبات ويندر أن تعد لهذا الغرض فى غير المسائل التجارية – لابد أنه ملق بالا إلى أن كاتب هذه العبارات لم يصطنع الحيطة المألوفة عند من يقصد أن يرتبط بعباراته ارتباطا قانونيا . فيفسر الرسالة بما يتلاءم مع الجو الذى كتبت فيه .

أما إذا كانت الرسالة غير موقعة ولكنها مكتوبة بخط المرسل . فهى تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة .

٦٥٩ – متى يجوز للمرسل إليه أن يحتج بالرسالة : للمرسل إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء ليستخلص منها دليلا لصالحه ضد المرسل متى كانت له مصلحة مشروعة فى ذلك . كما إذا تضمنت الرسالة اتفاقا تم بينه وبين المرسل أو التزاما تعهد به المرسل أو مخالصة أو إبراء أو نحو ذلك[(٢)] . فإذا كانت

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٢ (موافق) – الليبى م ٣٨٣ (مطابق) – العراقى م ٤٥٧ (موافق) – أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٦٢ – ١٦٦ (مقارب) .

(٢) وكذلك إذا تضمنت الرسالة جريمة فى حق المرسل اليه كتهديد أو احتيال أو قذف أو سب . أو كانت دليلا على جريمة هو مجنى عليه فيها كجريمة الزنا ، كان له أن يقدمها إلى القضاء دليلا =

الرسالة سرية . لم يجز للمرسل إليه انتهاك حرمة السرية وتقديم الرسالة إلى القضاء من تلقاء نفسه . وإلا جاز للمرسل أن يطلب استبعادها وأن يرجع على المرسل إليه بالتعويض . ولكن يجوز للمرسل إليه ، إذا كانت الرسالة سرية ، أن يخير المرسل بين تقديم الرسالة إلى القضاء ، بالرغم من سريتها أو أن ييسر له المرسل الإثبات من طريق آخر غير الرسالة .

وينتقل حق المرسل إليه فى الرسالة كدليل إثبات إلى ورثته ، فلهم استعمالها كخلف له فى الحدود ذاتها : لمصلحة مشروعة وبشرط عدم انتهاك حرمة السرية .

٦٦٠ – متى يجوز للغير أن يحتج بالرسالة : قد يكون للغير مصلحة مشروعة فى الاحتجاج بالرسالة ، إذا تضمنت مثلا إقراراً من المرسل يفيد الغير أو اشتراطا لمصلحته . وليس حق الاحتجاج بالرسالة مستمداً من أنها ملك للمرسل إليه ، ولكنه مستمد من أن الرسالة تنطوى على دليل إثبات ، فهو مستمد لا من حق الملك بل من الحق فى الإثبات[1] .

وهذا الحق فى الإثبات حق ضيق فى التشريع المصرى . فقد رأينا أن تقنين المرافعات (م٢٥٣) يجيز للخصم – وهو هنا الغير الذى له مصلحة مشروعة ، فى الاحتجاج بالرسالة – أن يطلب إلزام خصمه – وهو هنا المرسل إليه إذا كانت الدعوى قائمة بينه وبين هذا الغير – بتقديم أية ورقة

= للإثبات . وفى جريمة الزنا لا يتقيد الحق فى تقديم الرسالة دليلا على هذه الجريمة بأى قيد ، لا بإذن المرسل ولا بوجوب احترام سرية الرسالة ولا بوجوب الحصول على الرسالة بطريق مشروع . على أن عدم التقيد بشرط مشروعية الحصول على الرسالة محل خلاف فى فرنسا ، والرأى الغالب هو وجوب التقيد بهذا الشرط . وقد قضت محكمة النقض المصرية ، فى دعوى طلاق بين زوجين فرنسيين بسبب زنا الزوجة ، بوجوب أن تكون وسيلة الزوج فى الحصول على الرسائل المثبتة لجريمة الزنا على الزوجة وسيلة مشروعة ، فلا يجوز أن يحصل على هذه الرسائل من طريق غير مشروع وهو السرقة بأن يكسر فى غيبة الزوجة درجا خاصا بها توجد فيه هذه الرسائل (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٠ ص ٣٤٩) .

(١) ويجب التمييز بين حق الملكية المادية للرسالة (**propriété matérielle**) ، وحق الملكية المعنوية (**propriété littéraire**) ، وحق السرية (**le droit de secret**) وحق تقديم الرسالة دليلا للإثبات (**le droit à lapreuve**) ، وغير ذلك من الحقوق المتنوعة (جنى فى الحقوق المتعلقة بالرسائل) .

منتجة فى الدعوى . ومن ذلك الرسالة التى تتضمن دليلا لمصلحة الغير . إذا كانت الرسالة محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة أو استند إليها خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى(١) .

٦٦١ — قوة البرقية فى الإثبات : والبرقية قوتها فى الإثبات كقوة الرسالة الموقعة ، بشرط أن يكون أصل البرقية المودع فى مكتب التصدير موقعاً عليه من المرسل . ولايكون فى حيازة المرسل إليه دليلا للإثبات إلاصورة البرقية المرسلة إليه . وهى كصورة لورقة عرفية ليست لها قيمة فى الإثبات ، وإنما تفترض مطابقتها للأصل مادام الأصل لايزال موجودا بمكتب التصدير . فإذا ادعى المرسل عدم المطابقة . فعليه أن يطلب من « مصلحة التلغرافات » تقديم الأصل ، وتضاهى عليه الصورة . فإن تحقق التطابق كان للبرقية حجية الورقة العرفية : من حيث صدورها من مرسلها إلى حد الإنكار ، ومن حيث صحة الوقائع الواردة بها إلى حد إثبات العكس ، ومن حيث قيام التصرف القانونى الذى تتضمنه مع جواز دفعه بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية . وكذلك من حيث جواز تمسك المرسل إليه وتمسك الغير بالبرقية على النحو الذى بسطناه فى الرسالة(٢) . وإذا لم تكن الصورة مطابقة للأصل . فالعبرة بالأصل الموقع من المرسل لا بالصورة .

أما إذا كان الأصل الموقع عليه قد أعدم أو فقد . فلاعبرة بالصورة ، ولاتصلح إلا قرينة لمجرد الاستئناس (٣) .

---

(١) ويجب فوق ذلك ألا يكون فى تقديم الرسالة انتهاك لحرمة السرية . وإلا وجب أيضاً استئذان المرسل قبل تقديمها — وهذا كله لوكانت الرسالة فى يد المرسل اليه كما هو الغالب . ولكنها قد تقع فى يد الغير ، فإن وقعت فى يده بطريقة غير مشروعة كأن اختلسها ، لم يجز له تقديمها بتاتا وإذا قدمها وجب استبعادها . أما إذا وقعت فى يده بطريقة مشروعة ، وكان له حق الإثبات فى الأحوال التى ذكرناها ، جاز له تقديمها ولو بغير إذن المرسل اليه .

(٢) ولكن هذه الحجية مستمدة ، لا من الصورة ، بل من الأصل الذى وجدت الصورة مطابقة له . ويعتبر تاريخ البرقية تاريخا ثابتا . لأن ختم المكتب الذى يختم به الأصل يحمل تاريخ الإرسال ويمكن التأكد من صحة التاريخ بالرجوع إلى دفتر معد لذلك .

(٣) بقيت حالة ما إذا كان الأصل غير موقع عليه من المرسل ، وفى هذه الحالة لا تصلح الصورة إلا قرينة لمجرد الاستئناس . أما الأصل غير الموقع فلا يكون دليلا كاملا لانعدام التوقيع ، ولكنه قد يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوبا بخط المرسل .
=

المطلب الثانى

دفاتر التجـــار

٦٦٢ — نص قانونى : تنص المادة ٣٩٧ مدنى على ما يأتى : « ١ — دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة . ٢ — وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار . ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه »(١)

ونبحث أولا ما هى الدفاتر التجارية . ثم نتكلم فى قوتها فى الإثبات .

§ ١ — الدفاتر التجارية

٦٦٣ — ما هى الدفاتر التجارية : كان التقنين التجارى قد ألزم التجار أن يمسكوا دفاتر معينة هى : (١) دفتر اليومية (livre - journal) ، يدون فيه التاجر كل العمليات التى يجريها فى يومه ، دون تمييز بين ما هو متعلق بتجارته وما هو غير متعلق بها ، حتى الهبات والصدقات والتبرعات ، وحتى المبالغ المنصرفة على منزله شهراً فشهراً . (٢) دفتر المراسلات (livre - copie des lettres) . يقيد فيه التاجر صور جميع المراسلات التى أصدرها متعلقة بعمله التجارى ، ويحتفظ بما يتلقاه من أصول المراسلات . (٣) دفتر الجرد (livre des inventaires) . والجرد هو حصر سنوى لأموال التاجر المنقولة

= وقد ترسل البرقية عن طريق التلفون (الفونوجرام) بإملاء المرسل ، فيكون الأصل الذى نقله عامل التلفون غير موقع فلا يصلح دليلا كاملا . لكن إذا كانت واقعة إملاء المرسل ثابتة ، جاز اعتبار الأصل صادراً من المرسل عن طريق الإملاء وبهذه المثابة يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة ، وإلا لم يصلح إلا قرينة لمجرد الاستئناس .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٤ — ١٧ (موافق) — الليبى م ٣٨٤ (مطابق) — العراقى م ٤٥٨ (موافق) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى ٧٠ (موافق) .

والثابتة ، وكذلك حصر سنوى لما للتاجر وما عليه من الديون . وتقيد صورة من قائمة هذا الجرد فى دفتر الجرد .

وقد ألغى القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ نصوص التقنين التجارى فى هذه المسألة . واستبدل بها نصوصاً جديدة تنظم دفاتر التجار تنظيما أدق . وقد أصبح بموجب هذا القانون الجديد واجبا على التاجر أن يمسك من الدفاتر التجارية العدد الذى تستلزمه طبيعة تجارته وأهميتها . بحيث لا يقل عدد هذه الدفاتر عن اثنين : (١) دفتر اليومية . وتقيد فيه جميع العمليات المالية التى يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية . (٢) دفتر الجرد . وتقيد فيه تفاصيل البضاعة الموجودة فى آخر السنة المالية . ويحتفظ التاجر بصور من المراسلات والبرقيات التى يصدرها . وبأصول ما يرد إليه منها . ويقوم هذا مقام دفتر المراسلات .

٦٦٤ — تقديم الدفاتر التجارية والاطلاع عليها : ومن أهم أغراض الدفاتر التجارية أن تكون أدلة للإثبات . وقد نص التقنين التجارى على وسيلتين لتحقيق هذا الغرض : أولاهما تقديم هذه الدفاتر (représentation) . والأخرى الاطلاع عليها (communication) .

أما التقديم فالغرض منه محدود . هو أن تطلع المحكمة — دون الخصوم — على دفاتر التاجر لا فى جميع أجزائها . بل فى الجزء الذى وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة . وتطلع المحكمة بنفسها . أو بواسطة خبير تندبه لذلك وهو الغالب . ويقع اطلاع المحكمة أو الخبير على الدفتر بحضور التاجر صاحبه وتحت رقابته . وهذه الوسيلة جائزة فى جميع المنازعات التجارية والمدنية . سواء كان الخصم الآخر تاجراً أو غير تاجر . وللمحكمة أن تلجأ إليها من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم .

وأما الاطلاع فهو أوسع مدى من التقديم وأضيق نطاقا منه : أوسع مدى لأنه يتم بتقديم الدفاتر إلى الخصم فيستطيع هذا أن يطلع على جميع محتوياتها ويجوز للمحكمة أن تأمر به من تلقاء نفسها كما هو الأمر فى التقديم . وأضيق نطاقا لأن المحكمة لا تأمر به إلا فى المنازعات التجارية وفى بعض المنازعات المدنية[1] .

---

(١) وهذه هى : (أ) مواد الأموال المختلطة . فإذا تزوج التاجر على مقتضى نظام اختلاط =

وإذا أمرت المحكمة بتقديم الدفاتر أو بالاطلاع عليها ، وامتنع الخصم عن تنفيذ أمر المحكمة ، فإن المادة ٢٥٧ مرافعات تجيز للمحكمة أن تستخلص من هذا الامتناع معنى الاعتراف بالدين . وكذلك يجوز للمحكمة أن تجبر الخصم على التنفيذ بطريق التهديد المالى .

§ ٢ – قوة الدفاتر التجارية فى الإثبات

٦٦٥ – **دفتر التاجر حجة عليه :** ذلك أن هذا الدفتر هو بمثابة إقرار منه مكتوب . والتاجر إما أن يكون قد كتبه بخطه أو بإملائه أو فى القليل بإشرافه وتحت رقابته . فهو صادر منه على كل حال . ومن ثم يكون هذا الدفتر حجة عليه ، سواء كان خصمه تاجراً أو غير تاجر . وسواء كان النزاع مدنيا أو تجاريا . فإذا ورد فى دفتر يومية التاجر بيان بأن تاجر جملة ورد له مقدارا معينا من البضاعة ، فهذا البيان حجة على التاجر صاحب الدفتر ، والنزاع هنا تجارى بين تاجر وتاجر . أو ورد بيان عن صفقة عقدها التاجر مع تاجر مثله تتعلق بالتعامل فى عقار ، فهذا البيان حجة على التاجر صاحب الدفتر ، والنزاع هنا مدنى بين تاجر وتاجر . أو ورد بيان بتوريد سلعة بثمن معين إلى عميل غير تاجر ، فهذا البيان حجة على التاجر ، والنزاع هنا مدنى بين تاجر وغير تاجر .

وفى جعل دفتر التاجر حجة عليه خروج على القواعد العامة من ناحيتين : (١) أن دفتر التاجر ورقة عرفية غير موقعة من التاجر ، بل يغلب ألا تكون

= الأموال (**régime de communauté**) ، ودخل متجره فى الذمة المشتركة ، ثم انحلت رابطة الزوجية ووجبت تصفية هذه الذمة ، جاز للمحكمة أن تأمر بإطلاع الخصم – الزوجة أو ورثتها أو الزوج أو ورثته – على الدفاتر التجارية ليقدر نصيبه من الذمة المشتركة . (ب) مواد التركات . فإذا توفى التاجر وقام نزاع بين ورثته على تقسيم التركة ، جاز للمحكمة إلزام الورثة الذين يحوزون دفاتر مورثهم التجارية باطلاع بقية الورثة عليها حتى يستطيع كل منهم أن يقدر نصيبه من التركة . (ج) قسمة الشركات . فإذا انحلت الشركة ، جاز للمحكمة أن تأمر بإطلاع كل شريك على الدفاتر التجارية للشركة ليتبين مقدار نصيبه . (د) حالة الإفلاس ، فللسنديك حق الاطلاع على دفاتر المفلس حتى يتمكن من تأدية مهمته .

هذا ويجوز لمصلحة الضرائب الاطلاع على دفاتر الممولين لتقدير الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية .

مكتوبة بخطه . وقد يقع فيه من الأخطاء ما لا قبل للتاجر بملافاته . (٢) أن هذا الدفتر هو فى حوزة التاجر . ويلزمه القانون كما رأينا أن يقدمه ليستخلص منه دليل ضده . من أجل ذلك روعى فى هذا الدليل أمران :

(الأمر الأول) أنه جوازى للقاضى[1] . وهو يأخذ بما ورد فى الدفتر إذا وقع فى نفسه أنه ارتفع عن الشبهات . كأن يكون الدفتر منتظماً وقد يكون البيان مكتوبا بخط التاجر نفسه ويلمس القاضى العناية والدقة فى إمساك الدفتر . وإذا كان الدفتر منتظماً لم يجز لمن يريد أن يستخلص منه دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد فيه ويستبعد ما كان مناقضا لدعواه . فإذا ورد فى دفتر منتظم أن التاجر استورد بضاعة معينة وقد دفع ثمنها وجب على من ورد البضاعة أن يأخذ البيان الوارد فى الدفتر كاملا . فيكون هذا البيان دليلا على توريد البضاعة وعلى دفع الثمن فى وقت واحد . فإن أنكر مورد البضاعة أنه قبض الثمن فعليه هو لا على التاجر صاحب الدفتر المنتظم أن يثبت عدم قبضه إياه[2] . أما إذا كان الدفتر غير منتظم استطاع القاضى أن يجزئ الدليل ، فيجوز فى المثل المتقدم لمن ورد البضاعة أن يستبعد من هذا الدليل ما يتعلق بدفع الثمن وعلى التاجر صاحب الدفتر أن يثبت أن الثمن قد دفع .

(والأمر الثانى) أن القاضى إذا رأى أن يأخذ بالدليل المستخلص من الدفتر . جاز لصاحب الدفتر . ولو كان دفتره منتظماً . أن يثبت عكس

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقاً مقرراً لخصم التاجر واجبا على المحكمة إنالته إياه متى طلب . بل إن الشأن فيه - بحسب نص المادة ١٧ من القانون التجارى - أنه أمر جوازى للمحكمة إن شاءت أجابته إليه وإن شاءت اطرحته . وكل أمر يجعل القانون فيه للقاضى خيار الأخذ والترك . فلا حرج عليه إن مال لجانب دون الآخر من جانبى الخيار (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٢٧ ص٢١٢) .

(٢) ويشترط فى ذلك أن تكون الدفاتر منتظمة كما قدمنا . وقد قضت محكمة النقض بأن مناط تطبيق قاعدة عدم تجزئة الإقرار وإعمالها فى شأن مايرد بدفاتر التجار من قيود وبيانات . بحيث لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزئ ماورد فيها ويستبعد ما كان مناقضا لدعواه . هو أن تكون هذه الدفاتر منتظمة ومؤيدة بالمستندات الدالة على صحة القيود والبيانات الواردة فيها وأمانتها (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٨ ص ٦٩٣) .

ما ورد فيه . وذلك بجميع الطرق حتى بالبينة أو بالقرائن[1] .

٦٦٦ – قد يكون دفتر التاجر حجة له : الأصل أن الشخص لا يجوز له أن يصطنع دليلا لنفسه . فكل ما ورد فى دفتر التاجر لا يصلح . كقاعدة عامة . أن يكون دليلا له لأنه صادر منه . ومع ذلك فقد أباح القانون أن يكون دفتر التاجر حجة له استثناء فى حالتين اثنتين :

(الحالة الأولى) فى الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر[2] : فدفتر التاجر فى هذه الدعاوى كما يكون حجة عليه فيما قدمنا . كذلك يكون حجة له . ففى المثل الذى تقدمناه إذا ورد فى دفتر يومية التاجر أو فى المراسلات مثلا بيان بأن تاجر جملة ورد له مقداراً معينا من البضاعة بسعر معين . فهذا البيان كما أسلفنا حجة على التاجر صاحب الدفتر لو كان هو الذى ينكر وقوع الصفقة أولا يسلم بكمية البضاعة أو بمقدار الثمن . وقد يكون هذا البيان نفسه حجة له على تاجر الجملة لو أن هذا التاجر الأخير هو الذى ينكر شيئا من ذلك . والأخذ بهذا الدليل على هذا النحو متروك لتقدير القاضى . ومما ييسر على القاضى الأخذ به أن يضاهى ما بين دفترى التاجرين . فإن تطابقا اطمأن إلى هذا التطابق فى الأخذ بالدليل . وإلا كان حراً فى أن يأخذ بأى الدفترين . وقد لا يأخذ بأيهما ، ويتلمس الدليل من طريق آخر . وإذا أخذ القاضى ببيان فى دفتر تاجر حجة له . فللخصم أن يثبت عكس هذا البيان بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن .

(الحالة الثانية) فى دعوى التاجر على غير التاجر بالنسبة إلى البيانات الواردة فى دفتر التاجر عما ورده لغير التاجر : وقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ مدنى تقول فى هذا الصدد : « دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين . وذلك فيما يجوز إثباته

---

(١) ولا يعترض على هذا الحكم بأنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، فإن الوارد بالدفتر ليس دليلا كاملا لأنه ورقة عرفية غير موقعة كما قدمنا . وإنما هو قرينة قابلة لإثبات العكس .

(٢) استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٠ – فإذا كان النزاع واقعا بين تاجرين ولكنه متعلق بعمل مدنى ، كشراء التاجر أثاثا لمنزله الخاص من تاجر آخر ، لم يجز اعتبار دفاتر أى من التاجرين حجة له .

بالبينة ». فيجوز إذن أن يكون دفتر التاجر حجة له على غير التاجر بشروط ثلاثة : (١) أن يكون محل الالتزام سلعة وردها التاجر لعميله غير التاجر ، كالخباز يورد الخبز والبقال يورد « خزين » المنزل [1] . (٢) أن يكون الالتزام مما يجوز إثباته بالبينة بالنسبة إلى العميل غير التاجر . أى لاتجاوز قيمته عشرة جنيهات . (٣) أن يكمل القاضى الدليل باليمين المتممة يوجهها إلى التاجر الذى يحتج بدفتره . فلا تكون التكملة بالبينة أو بالقرائن إذ أن كلا منهما هنا دليل كامل لامجرد استكمال للدليل . وللقاضى ألا يأخذ بهذا الدليل فيطرحه ولايوجه اليمين المتممة للتاجر ، بل يطالبه بتقديم دليل كامل . كما أن للقاضى أن يستنبط من القرائن فى نقض هذا الدليل ما يكتفى معه بتوجيه اليمين المتممة إلى غير التاجر لا إلى التاجر ، لتفنيد الدليل لا لتأييده .

المطلب الثالث

الدفاتر والأوراق المنزلية

٦٦٧ — نص قانونى : تنص المادة ٣٩٨ مدنى على ما يأتى : « لاتكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا فى الحالتين الآتيتين : (١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا (ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته »[2] .

ويتبين من هذا النص أن الدفاتر والأوراق المنزلية لاتكون بوجه عام حجة لصاحبها ، ولكنها قد تكون حجة عليه . فنبحث : (١) ما هى الدفاتر والأوراق المنزلية (٢) وأن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصاحبها (٣) ولكنها قد تكون حجة عليه .

---

(١) فلا يجوز أن يكون دفتر التاجر حجة له على غير التاجر فى سداد قرض أو تنفيذ التزام غير توريد السلع . كذلك لا يحتج بدفاتر التاجر على مصلحة الضرائب ، وللمحكمة ألا تتخذ دفاتر الممول أساساً لتقدير الضريبة عليه إذا لم تطمئن إلى صحة البيانات الواردة فيها بناء على أسباب سائغة ذكرتها (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٧ ص ١٨١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٨ (موافق) — الليبى م ٣٨٥ (مطابق) — العراقى م ٩٥٥ (مطابق) . أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٦٩ (مقارب) .

٦٦٨ – ماهى الدفاتر والأوراق المنزلية : الدفاتر والأوراق المنزلية تشمل ما ألف الناس تدوينه فى مذكرات خاصة عن شؤونهم المالية والمنزلية : ما قبضوه أودفعوه . وما قاموا به من ضروب التعامل . وما لهم من حقوق عند الغير وما عليهم من ديون . وما إلى ذلك . وليس لهذه الدفاتر والأوراق شكل خاص كما لدفاتر التجار . فتارة تكون دفاتر كاملة منتظمة . وطوراً تكون فى صورة يوميات أو مذكرات بعضها يكتب فى دفاتر وبعضها يكتب فى أوراق منثورة . والأصل أن صاحبها يكتبها بخطه . وقد يعهد فى كتابتها إلى كاتب فى خدمته . والغالب ألاّ تكون موقعة . والبارز فى شأنها أنها دفاتر وأوراق خاصة كتبها صاحبها دون أن يتقيد بشكل معين . بالمداد أو بالرصاص أو بالآلة الكاتبة . محتفظا بها للرجوع إليها عند الاقتضاء .

٦٦٩ – الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصاحبها : ذلك أن الأصل أن أحداً لايستطيع أن يصطنع دليلا لنفسه . ومن ثم لاتكون هذه الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لصاحبها إذ هى صادرة منه . فإذا قدم المدين دليلا على براءة ذمته ورقة منزلية فيها أنه وفى الدين . لم يجز أن يؤخذ هذا دليلا لا على وجود الحق ولا على براءة الذمة . بل لايجوز اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى الوفاء بالدين لأنه غير صادر من الدائن . ومما يترتب أيضاً على أن الأوراق المنزلية لاتكون حجة لصاحبها أن المدين إذا دفع بتقادم الدين . لم يجز للدائنه أن يدفع بانقطاع التقادم بحجة أنه أثبت فى أوراقه المنزلية أن المدين كان يقوم بدفع أقساط الدين أو بدفع فوائده .

على أنه قد يقع أن يكون مادون فى الأوراق المنزلية قرينة قضائية على صحة ادعاء الدائن . كما لوكان طبيبا واعتاد أن يدون فى مذكراته الخاصة على نحو منظم ما يقوم به من زيارات للمرضى . ولو فيما يجاوز نصاب البينة لقيام المانع الأدبى . ولاتعدو القرينة هنا أن تكون قرينة قضائية يؤخذ بها أو لايؤخذ . وهى على كل حال قابلة لإثبات العكس[1] .

---

(١) ثم إنه يجوز أن يقبل الخصم الاحتكام برضاه إلى ما دون فى مذكرات خصمه وأوراقه المنزلية . فإذا كانت قد دونت بقدر كاف من العناية والدقة جاز أن تكون دليلا لصاحبها .

٦٧٠ — الدفاتر والأوراق المنزلية قد تكون حجة على صاحبها : الأصل أنه لا يجوز إلزام الشخص بتقديم دفاتره وأوراقه المنزلية أو الأمر بالاطلاع عليها ، كما يجوز ذلك فى دفاتر التجار على ما رأينا . ولكن يصح مع ذلك إلزام الشخص بتقديم ورقة منزلية . وذلك فى الحالات الاستثنائية التى يلزم فيها الخصم بتقديم ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده . كما إذا كانت الأوراق المنزلية مشتركة بين الخصمين فى تركة أو شركة أو استند إليها الخصم فى أية مرحلة من مراحل الدعوى . ويحدث ذلك أيضاً بحكم الواقع فى محضر حصر التركة . إذ يدون فى المحضر عادة ما ورد من بيانات فى دفاتر المورث وأوراقه المنزلية . فإذا تقدمت الأوراق المنزلية إلى القضاء عن طريق من الطرق المتقدمة . فإن ما ورد فيها من بيانات قد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد صاحبها إذا كانت قد كتبت بخطه . وقد يعتبرها القضاء دليلا كاملا إذا كانت تحمل توقيع صاحبها . وكانت لا تدع مجالا للتشكك فى صحتها[1]. وهذا كله يتفق مع القواعد العامة .

ولكن المادة ٣٩٨ مدنى قضت استثناء . كما رأينا . أن تكون الأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه فى حالتين : (١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا[2] . (٢) وإذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته . ووجه الاستثناء فى هاتين الحالتين أنه ليس من الضرورى أن تحمل الأوراق المنزلية توقيع صاحبها ، أو أن تكون مكتوبة بخطه . بل قد تكون مكتوبة بخط من كتب البيان لصالحه إذا كان قد فعل ذلك تحت بصر صاحب الورقة وبموافقته . ولابد أن يذكر صراحة فى الورقة استيفاء الدين أو الاعتراف به . فلا يكفى أن يفهم ذلك ضمنا[3] .

---

(١) فالأمر إذن متروك لتقدير القضاء . إذ قد لا يطمئن القاضى إلى حجية ورقة منزلية أعدت للإثبات ، وقد وقعها صاحبها على عجل أو عن خطأ أو قبل أن يتم الأمر الذى ورد البيان فى شأنه .

(٢) ويلاحظ أن الدائن إذا كتب مخالصة بالدين ولكن استبقاها عنده ، فلا يكون لها دلالة الورقة المنزلية الخاصة التى يذكر فيها أنه استوفى الدين . إذا استبقاؤه للمخالصة مع أنها أعدت لتسليمها للمدين قرينة على أن الوفاء لم يتم .

(٣) ولا تجوز تجزئة البيان والأخذ بجزء منه دون جزء . فإذا جاء فى البيان أن الدائن قد استوفى الدين مقاصة ، فلا يجوز أن يتمسك المدين بأن الدين قد استوفى نقداً . بل يجب أن يستبعد البيان بجملته وأن يتقدم المدين لإثبات أنه وفى الدين نقداً .

فإذا قامت حجية الورقة المنزلية على النحو المتقدم ، جاز لصاحبها دحض هذه الحجية بأن يثبت أن البيان الوارد فى الورقة غير صحيح ، وأنه إنما كتب خطأ أو قبل أن يتم الأمر الذى ورد البيان فى شأنه أو نحو ذلك . ويجوز إثبات ذلك حتى بالبينة أو بالقرائن ، فإن البيان المكتوب ليس ورقة عرفية موقعة ولم يعد مقدما للإثبات .

المطلب الرابع

التأشير ببراءة ذمة المدين

٦٧١ – نص قانونى : تنص المادة ٣٩٩ مدنى على ما يأتى « ١ – التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته . ٢ – وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين» (١) .

والذى يقع عادة أن الدائن ، وهو يستوفى الفوائد أو قسطا من الدين ، يكتفى بالتأشير بذلك إما فى سند الدين الذى بيده ، أو فى نسخة أصلية أخرى للسند فى يد المدين ، أو فى مخالصة يحتفظ بها المدين ليؤشر فيها الدائن تباعا بما يقوم به المدين من دفعات متوالية . ولا يوقع الدائن هذا التأشير ببراءة ذمة المدين ، انتظارا للوفاء ببقية الدين . على أن هذا لا يمنع من أن يكون التأشير ببراءة ذمة المدين من الدين كله ، ومع ذلك لا يوقع .

ويميز النص بين حالتين : (١) التأشير على سند فى يد الدائن (٢) التأشير على سند أو مخالصة فى يد المدين . فنبحث كلا منهما .

§ ١ – التأشير على سند فى يد الدائن

٦٧٢ – شرطاه : يشترط حتى تتوافر الحجية للتأشير على سند فى يد الدائن ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٩ (موافق) – الليبى ٣٨٦ (مطابق) – العراقى م ٤٦٠ (موافق) – أصول المحاكمات المدنية اللبنانى ١٦٧ (موافق) .

أمران : (١) أن يكون هناك تأشير ببراءة ذمة المدين على سند الدين (٢) أن يبقى السند دائما فى حيازة الدائن .

٦٧٣ — الشرط الأول — تأشير ببراءة ذمة المدين على سند الدين : يجب أن يكون التأشير مكتوبا فى سند الدين ذاته . لأن هذا السند هو الذى يحتج به الدائن فالتأشير فيه بالذات يمنع أن يبرزه دون أن يكون التأشير ثابتا فيه . ويكتب التأشير فى أى مكان فى السند . فى ذيله أوفى هامشه أوفى ظهره أو فى أى مكان آخر .

ويكون مضمون هذا التأشير هو براءة ذمة المدين براءة كلية أوجزئية ، وأية عبارة فى هذا المعنى تكفى . ولايكون التأشير موقعاً من الدائن ، وإلا لصلح أن يكون دليلا كاملا دون حاجة إلى نص . بل ليس من الضرورى أن يكون التأشير مكتوبا بخط الدائن . فيصح أن يكون مكتوبا بخط أجنبى ، بل بخط المدين نفسه . مادام السند فى حيازة الدائن كما سيأتى . ولكن يجب على الأقل أن يكون التأشير مكتوبا بموافقة الدائن حتى يكون صادرا منه ويكون هناك محل لقيام القرينة على الوفاء . ويفرض دائما أن التأشير قد كتب برضاء الدائن حتى يثبت هو أنه كتب بغير رضائه(١) .

٦٧٤ — الشرط الثانى — بقاء السند دائما فى حيازة الدائن : ويجب ، حتى تقوم قرينة الوفاء . أن يكون سند الدين الذى يحمل التأشير باقيا فى يد الدائن لم يخرج قط من حيازته . فإذا كان قد خرج من حيازته ولو لحظة واحدة(٢)

---

(١) وقد يحدث أن هذا التأشير يمحى أو يشطب . ويبدو أن التأشير الممحو أو المشطوب يجب أن يبقى حافظا لقوته فى الإثبات فتقوم قرينة الوفاء بالرغم من المحو أو الشطب . والدائن هو الذى يثبت أن القرينة فى الحقيقة غير قائمة ، بأن يثبت أن المحو أو الشطب كان بسبب مشروع كأن يكون قد كتب التأشير مقدما متوقعا الوفاء فلم يتم فمحا التأشير تبعا لذلك . ولو قلنا بالرأى الآخر ، وبأن التأشير تزول قوته بالمحو أو الشطب ، لسهل على الدائن بعد التأشير ببراءة ذمة المدين فى سند بيده وفى حيازته أن يمحو هذا التأشير أو يشطبه .

(٢) ولا يعتبر السند خرج من حيازة الدائن إذا هو انتقل إلى وكيل له ، أو إلى مودع عنده ، أو إلى مدير لأعماله ، أو إلى دائن مرتهن ، أو إلى شخص عهد إليه فى تحصيل قيمته أو فى تقديمه إلى القضاء .

احتمل أن يكون قد تم التأشير فى هذه اللحظة بغير موافقة الدائن(١) . ويفترض دائما أن السند لم يخرج من حيازة الدائن . فإذا ادعى هذا أنه خرج من حيازته فى أية لحظة فعليه عبء إثبات ذلك .

٦٧٥ – حجية التأشير على السند إذا توافر الشرطان : إذا توافر الشرطان على النحو الذى تقدم ذكره . فإن التأشير على سند الدين يكون حجة كاملة على الدائن . ولا حاجة للمدين باستكمالها ليثبت أنه وفى الدين . ولكن هذه الحجة قابلة للدحض . فيجوز للدائن أن يثبت العكس . بأن يثبت مثلا أنه سلم السند لوكيله وعليه التأشير ليستوفى الدين من المدين . ولكن المدين لم يوف الدين . فرجع السند إلى الدائن وهو يحمل التأشير . وللدائن أن يثبت ذلك بجميع الطرق . حتى بالبينة أو بالقرائن . فإن التأشير الذى يثبت عكسه هنا هو ورقة عرفية غير موقعة يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق(٢).

§ ٢ – التأشير على سند أو مخالصة فى يد المدين

٦٧٦ – شرطانه : يشترط هنا أيضاً . حتى تتوافر الحجية للتأشير على سند أو مخالصة فى يد المدين . أمران : (١) أن يكون هناك بخط الدائن تأشير ببراءة ذمة المدين على نسخة أصلية لسند الدين أو على مخالصة (٢) أن تقع نسخة السند أو المخالصة فى حيازة المدين .

٦٧٧ – الشرط الأول – تأشير بخط الدائن على نسخة أصلية للسند أو على مخالصة ببراءة ذمة المدين : يجب أن يكون التأشير مكتوبا إما فى نسخة أصلية لسند الدين(٣) ، أوفى ورقة أخرى مستقلة عن نسخة السند بشرط أن تعتبر مخالصة أعدت لتسجيل مايقوم المدين بدفعه . ويكتب

---

(١) أما إذا كان التأشير مكتوبا بخط الدائن ، ولو خرج السند من حيازته ، فإن هذا التأشير يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمله المدين بالبينة أو بالقرائن ليثبت أنه وفى الدين .

(٢) انظر عكس ذلك سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٤٨ هامش ٢ .

(٣) والنسخة الأصلية لسند الدين (double) ليست صورة (copie) للسند ، بل هى أصل (original) كسند الدين ذاته . والمفروض فى ذلك أن سند الدين – كعقد البيع مثلا سندا للثمن – كتب من نسختين أصليتين ، إحداهما بيد البائع والأخرى بيد المشترى .

التأشير فى أى مكان فى الورقة وبأية عبارة . ولكن التأشير هنا يجب أن يكون بخط الدائن[١] . إذ لو سمح أن يكون التأشير بخط غير الدائن لسهل على المدين والسند فى حيازته أن يستكتب أى شخص عبارة الإبراء[٢] .

٦٧٨ — الشرط الثانى — وقوع نسخة السند أو المخالصة فى حيازة المدين : والأصل أن نسخة السند أو المخالصة التى آشر عليها الدائن بخطه تكون فى حيازة المدين . ولكن لا يشترط أن تكون باقية دائما فى حيازته . بل يكفى أن تكون قد وقعت فى حيازته ولو خرجت بعد ذلك من يده[٣] . ذلك أن التأشير يجب أن يكون بخط الدائن كما قدمنا . فوقوع هذا التأشير بخط الدائن فى حيازة المدين ولو لحظة واحدة يكفى لقيام قرينة الوفاء[٤] .

٦٧٩ — حجية التأشير إذا توافر الشرطان : فإذا توافر الشرطان على النحو المتقدم الذكر ، فإن التأشير يكون دليلا كاملا ضد الدائن ، ولا حاجة للمدين باستكماله ليثبت أنه وفى الدين[٥] . ولكن هذا الدليل قابل لإثبات العكس . فيجوز للدائن بالرغم من تأشيره بخطه أن يثبت مثلا أنه سلم المخالصة التى تحمل هذا التأشير إلى وكيل ولم يستوف الوكيل الدين من المدين وعجز عن استرداد المخالصة منه . وللدائن أن يثبت ذلك بجميع الطرق . حتى بالبينة أو بالقرائن . فإن التأشير الذى يثبت عكسه هنا هو ورقة عرفية غير موقعة ، يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق .

---

(١) وهذا على خلاف ماقدمناه فى التأشير على سند فى حيازة الدائن من جواز أن يكون هذا التأشير بخط غير خط الدائن .

(٢) وإذا محى التأشير أو شطب ، زالت قوته فى الإثبات . ذلك أن السند فى حيازة المدين ، فلا يمكن حمل المحو أو الشطب إلا على أن الوفاء لم يتم . وهذا بخلاف ما رأيناه فى المحو أو الشطب عندما يكون السند فى حيازة الدائن ، فإنه لا يزيل قوة الإثبات التى للتأشير .

(٣) ونرى من ذلك أنه يكفى فى السند الذى هو فى حيازة المدين أن يقع فى حيازته ولو لحظة واحدة . أما السند الذى هو فى حيازة الدائن فيجب كما قدمنا ألا يخرج من حيازته ولو لحظة واحدة .

(٤) والذى يقع عادة أن المدين يبرز الورقة التى تحمل تأشير الدائن بخطه ليحتج بها ، فيكون بذلك قد أثبت أنها وقعت فى حيازته . أما إذا لم تكن الورقة فى يده . واستطاع أن يحصل على أمر بتقديمها فقدمت ، فعليه أن يثبت أنها وقعت فى حيازته وقتا ما حتى تقوم قرينة الوفاء . .

(٥) أما إذا لم يتوافر الشرطان ، ولكن التأشير كان بخط الدائن ، فإنه يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يصح استكماله بالبينة أو بالقرائن .

الفصل الثانى

طرق الإثبات ذات القوة المحدودة

البينة والقرائن القضائية

٦٨٠ — **طرق الإثبات ذات القوة المحدودة** : قدمنا أن طرق الإثبات ذات القوة المحدودة هى البينة والقرائن القضائية واليمين المتممة . وسنعالج اليمين المتممة إلى جانب اليمين الحاسمة لشدة الاتصال ما بين اليمينين . ونستبقى هنا للبحث البينة والقرائن القضائية .

وقد جعل القانون البينة والقرائن القضائية طريقين متعادلين من حيث قوتهما فى الإثبات . فما يمكن إثباته بأحد الطريقين يستطاع إثباته بالطريق الآخر . وكلا الطريقين أضعف من الكتابة ذات القوة المطلقة فى الإثبات.

ونبحث أولا ما هى البينة والقرائن . ثم نبين قوتهما فى الإثبات .

الفرع الأول

البينة والقرائن القضائية

المبحث الأول

البينة (أو الشهادة)

٦٨١ — **معنيان للبينة** : البينة لها معنيان : (١) معنى عام . وهو الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو قرائن ، فيقال البينة على من ادعى واليمين على من أنكر (٢) معنى خاص . وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة . وقد كانت الشهادة فى الماضى هى الدليل الغالب . فانصرف لفظ البينة إلى الشهادة دون غيرها .

وإذا قلنا البينة فإنما نقصد دائما معناها الخاص . ونقصرها على الشهادة .

ونتكلم هنا : (أولا) فى أنواع البينة (ثانيا) فى سلطة القاضى الواسعة فى تقدير البينة .

المطلب الأول

انواع البينة

٦٨٢ — الشهادة : الأصل فى الشهادة (témoignage) أن تكون شهادة مباشرة . فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه . فيشهد بوقائع رآها بعينه كما إذا شهد على حادث سيارة رآه . أو سمعها بأذنه كما إذا حضر مجلس العقد وسمع البائع والمشترى يتعاقدان . وتكون الشهادة عادة شفوية . يدلى بها الشاهد فى مجلس القضاء مستمداً إياها من ذاكرته(١) .

وإذا كانت الشهادة المباشرة (témoignge direct) هى الصورة الغالبة للشهادة . فإنه يوجد مع ذلك إلى جانبها الشهادة السماعية (témoignage indirect) والشهادة بالتسامع (commune renommée) . والشهادة بالشهرة العامة (acte de notoriérité) .

٦٨٣ — الشهادة السماعية : تختلف هذه الشهادة غير المباشرة عن الشهادة المباشرة أو الشهادة الأصلية التى تقدم ذكرها فى أن الشاهد هنا يشهد بما سمع رواية عن غيره . ومن ثم كانت الشهادة سماعية . والشاهد . سواء كانت شهادته أصلية أو سماعية ، يشهد على واقعة معينة بالذات . ولكنه فى الشهادة الأصلية يشهد أنه رأى هذه الواقعة بعينه إن كانت مما يرى . أوسمعها بأذنه إن كانت مما يسمع . أما فى الشهادة السماعية . فهو يشهد أنه سمع الواقعة

---

(١) وقد نصت المادة ٢١٦ مرافعات على أن « تؤدى الشهادة شفاها . ولا تجوز الاستعانة بمذكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة أو القاضى المنتدب ، وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى » . ومع ذلك فقد نصت المادة ٢٠٥ مرافعات على أن « من لا قدرة له على الكلام يؤدى الشهادة ، إذا أمكن أن يبين مراده . بالكتابة أو بالإشارة » .

وقد يكتفى فى ظروف استثنائية بتلاوة شهادة مكتوبة ، أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للاعتداد بها كما إذا ضم تحقيق جنائى إلى ملف قضية مدنية . أما نقل الكلام بآلة مسجلة (dictaphone) ، فقد رفض القضاءان المصرى والفرنسى قبوله فى مكان الشهادة .

يرويها له شاهد يكون هو الذى رآها بعينه أو سمعها بأذنه . فهى إذن شهادة على الشهادة . والغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضى بها .

٦٨٤ — **الشهادة بالتسامع** : وهى غير الشهادة السماعية . فهى شهادة بما تتسامعه الناس (oui - dire) . لاتنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأى الشائع بين جماهير الناس عن هذه الواقعة . أما الشهادة السماعية فتنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات . يدلى بها الشاهد على أنه يسمعها تروى له ممن رآها بعينه أو سمعها بأذنه كما قدمنا . فالشهادة السماعية يمكن إذن تحرى مبلغ الصدق فيها وصاحبها يحمل مسئولية شخصية فيما رواه عن غيره . وهذا بخلاف الشهادة بالتسامع . فصاحبها لايروى عن شخص معين ولاعن الواقعة بالذات . بل يشهد بما تتسامعه الناس عن هذه الواقعة وماشاع بين الجماهير فى شأنها . فهى غير قابلة للتحرى . ولا يحمل صاحبها مسئولية شخصية فيما يشهد به .

ومن ثم كانت الشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليه القانون . وقد نص التقنين المدنى الفرنسى على قبول هذه الشهادة فى حالتين استثنائيتين . أما فى مصر فالقضاء المختلط كان يوجه عام لايقبل الشهادة بالتسامع فى المسائل المدنية[1]. ويقبلها على سبيل الاستئناس فى المسائل التجارية وفى الأحوال التى يقبل فيها فيها الإثبات بالبينة أو بالقرائن[2] . وفى الفقه الإسلامى لا تقبل الشهادة بالتسامع إلا فى مسائل معينة . هى الشهادة بالنسب وبالموت وبالنكاح وبالدخول وبولاية القاضى وبأصل الوقف وبشرائطه وبالعتق وبالولاء . وبالمهر[3] . ولانرى ما يمنع من الأخذ بأحكام الفقه الإسلامى فى هذه المسألة . طبقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدنى[4] . وإذا قبلت الشهادة

---

(١) استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٨١ — ٨ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٥٣.

(٢) استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٤ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٥ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٦ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٣.

(٣) البدائع جزء ٦ ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧ — فتح القدير جزء ٦ ص ٢٠ — ٢١ .

(٤) وهى تنص على ما يأتى : « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية » .

بالتسامع ، فهى كالشهادة الأصلية والشهادة السماعية تخضع فى سماعها للقواعد التى تخضع لها الشهادة بوجه عام .

٦٨٥ — الشهادة بالشهرة العامة : وهى ليست شهادة بالمعنى الصحيح ، بل هى ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية . وتدون فيها وقائع معينة تشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة . ويمكن اعتبار إعلام الوراثة ومحضر حصر التركة وتقرير غيبة المفقود من قبيل هذه الأوراق . فهى تحرر أمام جهات رسمية . وتدون فيها أسماء الورثة أو أعيان التركة أو واقعة غياب المفقود وذلك بناء على شهادة طائفة من الناس يشهدون وفقاً لما عرفوه عن طريق الشهرة العامة . فالشهادة بالشهرة العامة تفترض وجود موظف عام تدلى أمامه الشهود بمعلوماتهم عن الواقعة المراد إثباتها . ويجب أن يكون للشهود معرفة شخصية بهذه الواقعة . ولكن لا عن طريق محدد ، بل عن طريق الشهرة العامة . وللشهادة بالشهرة العامة قوة فى الإثبات حددها القانون فى كل حالة على حدتها .

المطلب الثانى

سلطة القاضى الواسعة فى تقدير البينة

٦٨٦ — البينة أضعف من الكتابة : كانت الشهادة فى الماضى أقوى الأدلة كما قدمنا . فلما انتشرت الكتابة أخذت المكان الأول فى الإثبات . ونزلت الشهادة إلى المكان الثانى لما تنطوى عليه من عيوب ظاهرة . فالبينة تقوم على أمانة الشهود . والشهود حتى إذا لم يكذبوا معرضون للنسيان . ثم إن الدقة تنقصهم . أما الكتابة فإنها . إذا بعدت عن التزوير . تكون أدق أداء . ولا يرد عليها النسيان فهى دليل هيئ مقدما .

من أجل ذلك أنزل القانون البينة دون منزلة الكتابة . لا فحسب من ناحية أن جعل البينة ذات قوة محدودة فى الإثبات ، بل أيضاً بأن جعل للقاضى بالنسبة إلى البينة سلطة تقدير واسعة هى أكبر بكثير من سلطته بالنسبة إلى الكتابة . فالقاضى ينظر أولا هل الإثبات بالبينة فى الأحوال التى يجيزها القانون

مستساغ . فإذا كان مستساغا نظر ثانيا هل الوقائع المراد إثباتها بالبينة متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة فى إثباته . فإذا ما قدر بعد كل ذلك أن يسمع البينة كان له أخيراً سلطان واسع فى تقدير ما إذا كانت البينة التى سمعها مقنعة فى الإثبات .

٦٨٧ – تقدير ما إذا كان الإثبات بالبينة مستساغا : قد يكون الإثبات بالبينة جائزاً قانونا . ولكن يبقى بعد ذلك للقاضى سلطة تقديرية فى السماح به . فقد يكون فى القضية من الأدلة الأخرى ما يغنى عن البينة . أو تكون الوقائع المراد إثباتها بعيدة الاحتمال . أو طال عليها العهد بحيث يتعذر إثباتها بالبينة . ففى جميع هذه الأحوال يرى القاضى أن البينة غير مستساغة . فلا يسمح بها بالرغم من أن القانون يجيزها[1] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع أن ترفض إجراء تحقيق يطلبه الخصوم متى رأت بما لها من سلطة التقدير أنه لا حاجة بها إليه أو أنه غير مجد بالنظر إلى ظروف الدعوى وما هو ثابت فيها من الأدلة والوقائع . وإنما هى ملزمة إذا رفضت مثل هذا الطلب أن تبين فى حكمها لماذا رفضته وأن تكون الأسباب التى بنت عليها اقتناعها من شأنها أن تؤدى إلى ما قضت به (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠١ ص ٢٦٥) . انظر كذلك : نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٧ ص ٢٩ – ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٠ ص ١٤٠ – ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٣ ص ٨٦٣ – ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٩٤ ص ٦٠٧ – ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٥ ص ٢٧٢ – ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٣ ص ٣٣٤ – ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩ – ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٦ ص ٣٨٥ – ١٧ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٤٠ ص ٣٣١ – ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٢ ص ٦١٦ .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الحق المخول للمحكمة بأن تأمر بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثباتها بالبينة حق جوازى لها . متروك لمطلق رأيها وتقديرها تقديراً لا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٧٦ ص ٤٩٩) . انظر كذلك : نقض مدنى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٦ ص ٥٦٧ (رأت المحكمة من ظروف الدعوى وأدلتها ما يكفى لتكوين عقيدتها فرفضت الإحالة إلى التحقيق) – ١٦ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١١ ص ١٠٤ – ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٦ ص ٧٣١ – ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٧ ص ٧٤٢ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٦٧ ص ١١٤٦ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٨٥ ص ١٢٨٨ =

٦٨٨ — تقدير ما إذا كانت الوقائع متعلقة بالحق ومنتجة فى الإثبات : هنا أيضاً يتمتع القاضى بسلطة تقدير واسعة لا يتمتع بها فى الإثبات بالكتابة . ذلك أن الكتابة المعدة للإثبات تشتمل عادة على الوقائع المتعلقة بالحق المدعى به والتى تكون منتجة فى الإثبات ، لأنها إنما أعدت للوفاء بهذه الأغراض . أما فى الإثبات بالبينة ، فيتسع المجال للقاضى فى تقدير ما إذا كانت الوقائع التى استدعيت الشهود من أجلها متعلقة بالدعوى ومنتجة فى الإثبات .

٦٨٩ — تقدير ما إذا كانت البينة كافية : ثم إن القاضى بعد ذلك كله وبعد أن يسمع الشهود ، سلطة واسعة فى تقدير ما إذا كانت الشهادة التى أدلوا بها أمامه كافية فى إثبات الوقائع المشهود بها . وهو فى ذلك لا يتقيد بعدد الشهود ولا بجنسهم ولا بسنهم . وقد كان للشهادة فى القديم نصاب محدد . فزال هذا النصاب لا فى المسائل الجنائية فحسب بل أيضا فى المسائل المدنية والتجارية(١).

= وعلى العكس يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالتحقيق فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة (نقض مدنى ٢١ نوفبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٦٢ ص ١٠٤٦) .

(١) نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٦ ص ٢٨٩ — ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٤ ص ٣١٩ — ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٣ ص ٥٠٠ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض رقم ١٣٦ ص ٩١٦ — ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٨ ص ٣١٩ — ٢٢ نوفبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣١ ص ٩١٤ — ٢٠ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٧ ص ٦٠٠ — ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٠ ص ٦٣٣ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٤ ص ٧٨٦ — ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٨ موعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٨ ص ٨٢٤ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٣٢ ص ٨٦٦ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٥ ص ١١٠٥ (جواز إخراج بعض شهادة الشاهد والأخذ بما يطمئن إليه القاضى من هذه الشهادة) — ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣ — ٥ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٩ ص ٢٨٩ — ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٦٦ ص ٢٩٥ (لمحكمة النقض أن تتدخل إذا صرح القاضى بأسباب عدم اطمئنانه للشهادة وكانت هذه الأسباب مبنية على ما يخالف الثابت فى الأوراق أو على تحريف لأقوال الشهود أو الخروج بها إلى ما لا يؤدى إليه مدلولها) — ١٠ يونيه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٢٥ ص ٧٨٧ (الاطمئنان إلى شهادة الشهود أو عدم الاطمئنان إليها مرده وجدان القاضى وشعوره ، وهو أمر يستقل به قاضى الموضوع) — ٢٢ أكتوبر ١٩٦٤ مجموعة أحكام =

المبحث الثانى

القرائن القضائية

٦٩٠ – **تعريف القرينة – نوعاد من القرائن** : القرائن بوجه عام هى النتائج التى يستخلصها القانون أو القاضى من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة (م ١٣٩٩ مدنى فرنسى) . فهى إذن أدلة غير مباشرة . إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق . بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها . وهذا ضرب من تحويل الإثبات (déplacement de preuve) من محل إلى محل آخر . وسنعود إلى ذلك فيما بعد . مثل ذلك أن تكون الزوجية قرينة على الصورية . فالواقعة المعلومة هى قيام الزوجية بين المتعاقدين . ويستدل القاضى من هذه الواقعة الثابتة على الواقعة المراد إثباتها وهى صورية العقد المبرم ما بين الزوجين . ومثل لذلك أيضاً أن يكون وجود السند فى يد المدين قرينة على الوفاء . فالواقعة المعلومة هى وجود سند الدين فى يد المدين . ويستدل القاضى من هذه الواقعة على واقعة الوفاء . ومثل ذلك أخيراً أن يكون التصرف فى مرض الموت قرينة على أنه وصية . فالواقعة المعلومة هى إبرام التصرف فى مرض الموت . ويستدل القاضى منها على أن التصرف وصية .

والقرائن كما قدمنا إما قرائن قانونية . أو قرائن قضائية . فالقرائن القانونية (présomptions légales, de droit) هى التى ينص عليها القانون . وهى ليست طريقاً للإثبات بل هى طريق يعفى من الإثبات . فنبحثها إذن مع الإقرار واليمين والقرائن القضائية (présomptions judiciaires, simples, du fait de l'homme) هى التى تترك لتقدير القاضى يستخلصها من ظروف القضية وملابساتها . وهى وحدها موضوع هذا البحث .

= نقض ١٥ رقم ١٤٧ ص ٩٨٧ – ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٥ ص ١٠٤٥ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٧٨ ص ١٢٣٠ .

ونبحث : (أولا) عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضي في تقديرها (ثانيا) تكييف القرائن بوجه عام وتحولها من قرائن قضائية إلى قرائن قانونية .

المطلب الأول

عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضي في تقديرها

٦٩١ — عنصران للقرينة القضائية : للقرينة القضائية عنصران :

(أولا) واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى . وتسمى هذه الواقعة بالدلائل أو الأمارات (indices) . وهذا هو العنصر المادي للقرينة . فيختار القاضي بعض الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى . وقد يختارها من الوقائع التي كانت محل مناقشة بين الخصوم . أو يختارها من ملف الدعوى ولو من تحقيقات باطلة . بل قد يختارها من أوراق خارج الدعوى كتحقيق إداري أو محاضر إجراءات جنائية ولو كانت هذه المحاضر قد انتهت بالحفظ . وقد تكون الواقعة التي اختارها القاضي ثابتة بالبينة . أو بورقة مكتوبة . أو بيمين نكل الخصم عن حلفها . أو بإقرار من الخصم . أو بقرينة أخرى دلت على الواقعة التي تستنبط منها القرينة . أو بجملة من هذه الطرق مجتمعة . يقف القاضي إذن عند واقعة يختارها ثبتت عنده . ولتكن واقعة قرض ثبتت بورقة مكتوبة أو ببينة أو بقرينة أو بغير ذلك . والقاضي حر في اختيار الواقعة التي يقف عندها . إذ يراها أكثر مواتاة للدليل وأيسر في استنباط القرينة .

(ثانيا) استنباط الواقعة المراد إثباتها من الواقعة الثابتة . وهذا هو العنصر المعنوي . إذ على القاضي أن يستنبط من الواقعة الثابتة التي اختارها الدليل على الواقعة التي يراد إثباتها . فيتخذ من الواقعة المعلومة قرينة على الواقعة المجهولة . ففي المثل المتقدم لا يكون القاضي متعنتاً إذا هو استخلص من واقعة القرض التي اختارها أن المقترض كان في حاجة إلى المال عندما عقد القرض . فإذا ادعى أنه اشترى بعد القرض بأيام قليلة . وقبل أن يفي بالقرض . داراً من المقرض بثمن يزيد كثيراً على مبلغ القرض ودفع له الثمن في الحال . كانت هذه الوقائع متعارضة مع دلالة الواقعة الثابتة . فإذا طعن شخص في عقد البيع الصادر من المقرض إلى المقترض بأنه بيع صوري . أو دفع بصورية

دفع الثمن . كان للقاضي أن يستخلص من واقعة القرض وحاجة المقترض إلى المال وتعارض هذه الحاجة مع دفعه ثمناً كبيراً يزيد كثيراً على مبلغ القرض، كان له أن يستخلص من كل ذلك قرينة على أن المقترض لم يدفع الثمن إلى المقرض . فتكون هذه القرينة القضائية دليلا على الصورية[1] .

٦٩٢ — سلطة القاضي واسعة في التقدير : وللقاضي سلطة واسعة في استنباط القرائن القضائية . فهو حر في اختيار واقعة ثابتة من بين الوقائع المتعددة التي يراها أمامه لاستنباط القرينة منها ، ثم هو واسع السلطان في تقدير ما تحمله هذه الواقعة من الدلالة وهذا هو الاستنباط . والقاضي ، فيما له من سلطان واسع في التقدير ، قد تقنعه قرينة واحدة قوية الدلالة . ولا تقنعه قرائن متعددة إذا كانت هذه القرائن ضعيفة متهافتة[2] . ولا تعقب عليه محكمة النقض في هذا التقدير ، مادامت القرينة التي اعتبرها دليلا على ثبوت الواقعة تؤدي عقلا إلى ثبوتها[3] .

٦٩٣ — لا يجوز أن يثبت بالقرائن القضائية إلا ما يجوز إثباته بالبينة : تنص المادة ٤٠٧ مدني على ما يأتي : « يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون . ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها

---

(١) وكل قرينة قضائية قابلة لإثبات العكس . فعلاقة الزوجية أو القرابة قرينة على صورية العقد إلى أن يثبت العكس ، ووجود أثاث بمنزل الزوجية لزوجين مسلمين قرينة على أن الأثاث ملك الزوجة إلى أن يثبت العكس ، وكشف المكلفة قرينة على الملكية إلى أن يثبت العكس (استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٩ ص ٥٣٨) .

(٢) وأما ما يذكره التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٥٣) من وجوب اجتماع قرائن قوية الدلالة دقيقة التحديد ظاهرة التوافق (graves précises concordantes) ، فليس إلا من قبيل توجيه القاضي ، ويبقى حق التقدير النهائي في ذلك له .

(٣) نقض مدني ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦ — ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٩ ص ٦٢٠ — ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٨ ص ٥٨١ — ٩ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٢٧ ص ٢١٢ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٠ ص ٥٢٨ — وقد قضت محكمة النقض بأن القرينة هي استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة معلومة ، بحيث إذا كانت هذه الواقعة محتملة وغير ثابتة بيقين فإنها لا تصلح مصدرا للاستنباط (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥٦ ص ٣٩٩) .

القانون الإثبات بالبينة »[١]. ذلك أن الإثبات بالقرائن ، كما رأينا ، يتمتع فيه القاضي بحرية واسعة كماهو الأمر فى الشهادة . فهو طريق إثبات لا يخلو من الخطر . ومن ثم كانت القرينة القضائية تتساوى فى منزلتها مع البينة ، ولا يجوز الإثبات بقرينة إلا حيث يجوز الإثبات بالبينة .

المطلب الثانى

تكييف القرائن بوجه عام وتحولها من قرائن قضائية إلى قرائن قانونية

٦٩٤ — تكييف القرائن بوجه عام : القرينة ليست إلا نقل الإثبات من الواقعة المراد إثباتها بالذات إلى واقعة أخرى قريبة منها إذا ثبتت اعتبر ثبوتها دليلا على صحة الواقعة الأولى . وهذا ما اقترح بارتان تسميته بتحول الإثبات (déplacement de preuve)[٢] .

ففى القرينة القضائية القاضى هو الذى يختار هذه الواقعة القريبة المتصلة بالواقعة المراد إثباتها . أما فى القرينة القانونية فالقانون هو الذى يتولى هذا الاختيار . وهذه الواقعة القريبة المتصلة — وهى الأمارة (indice) — لا تعطى للقاضى إلا علما ظنيا . وبالاستنباط ينتقل القاضى من العلم الظنى إلى العلم اليقينى . ومن الراجح إلى المحقق .

٦٩٥ — تحول القرائن القضائية إلى قرائن قانونية : والقرينة القانونية ليست فى الأصل إلا قرينة قضائية تواترت واطرد وقوعها . فاستقر عليها القضاء . ومن ثم لم تصبح هذه القرينة متغيرة الدلالة من قضية إلى أخرى ، فرأى المشرع فى اطرادها واستقرارها ما يجعلها جديرة بأن ينص على توحيد دلالتها فتصبح بذلك قرينة قانونية .

والأمثلة على ذلك كثيرة . نذكر منها :

يشترط فى نجاح الدعوى البولصية فى المعاوضات أن يكون المدين معسراً وأن يكون هناك تواطؤ بين المدين ومن تصرف له . فكان إعسار المدين تقوم

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانونا البينات السورى م ٩٢ (موافق) — الليبى م ٣٩٥ (مطابق) — العراق م ٥٠٥ (موافق) . أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٣١٠ (موافق).

(٢) بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ١٠ مكرر .

عليه في عهد التقنين المدني السابق قرينة قضائية . تحولت في التقنين المدني الجديد إلى قرينة قانونية إذ تنص المادة ٢٣٩ من هذا التقنين على أنه « إذا ادعى الدائن إعسار المدين . فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون . وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . وكانت هناك في عهد التقنين المدني السابق سلسلة من القرائن القضائية تقدم دليلا على غش المدين وتواطئه على من تصرف له بعوض . وقد تحولت هذه القرائن القضائية إلى قرائن قانونية في التقنين المدني الحالي . إذ تنص المادة ٢٣٨ من هذا التقنين على أنه « إذا كان تصرف المدين بعوض . اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين . وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر . كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » .

وجرى القضاء في عهد التقنين المدني السابق على اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة قضائية على الوفاء بالأقساط السابقة . واطرد هذا القضاء واستقر . فارتفعت هذه القرينة القضائية إلى منزلة القرينة القانونية في التقنين المدني الجديد ، إذ نصت المادة ٥٨٧ من هذا التقنين على أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط . حتى يقوم الدليل على عكس ذلك »[1] .

وبالرغم من أن القرينة القضائية والقرينة القانونية من طبيعة واحدة من حيث التكييف والتأصيل ، إلا أنهما تختلفان من حيث مهمة كل منهما . فالقرينة القضائية طريق إيجابي من طرق الإثبات . أما القرينة القانونية فهي كما قدمنا

---

(١) انظر أيضاً المادة ٩١٧ مدني (التصرف للوارث مع الاحتفاظ بحيازة العين وبحق الانتفاع بها مدى الحياة قرينة قانونية على أن التصرف وصية ، وكانت القرينة من قبل قرينة قضائية : انظر نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣). وقد يقع ، على النقيض من ذلك ، أن قرينة قانونية تنزل إلى منزلة القرينة القضائية ، كما وقع في القرينة المستفادة من وجود سند الدين في يد المدين . فقد كان التقنين المدني السابق (م٢١٩/٢٨٤) يجعلها قرينة قانونية على الوفاء ، إلى أن يقيم الدائن الدليل على العكس (م ٢٢٠/٢٨٥) . ولم يستبق التقنين المدني الجديد هذا النص فنزلت هذه القرينة القانونية إلى منزلة القرينة القضائية .

إعفاء من الإثبات ، موقت أو دائم وفقاً لما إذا كانت القرينة تقبل إثبات العكس أو لا تقبل ذلك[١] .

الفرع الثانى

قوة البينة والقرائن فى الإثبات

٦٩٦ — قوة مطلقة وقوة محدودة : تقضى المادة ٤٠٠ مدنى بأن التصرف القانونى ، فى غير المواد التجارية ، لا يجوز إثباته بالبينة إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة . فالقوة المحدودة فى الإثبات للبينة والقرائن ، إنما هى فى ميدان التصرفات القانونية المدنية . أما خارج هذا الميدان ، فللبينة والقرائن قوة مطلقة فى الإثبات . فتكون لها هذه القوة المطلقة فى الوقائع القانونية المادية (faits juiridiques matér s) ، وفى التصرفات القانونية التجارية (actes juridiques commerciaux) .

المبحث الأول

قوة الإثبات المطلقة للبينة والقرائن

المطلب الأول

الوقائع القانونية المادية

٦٩٧ — طبيعة الوقائع المادية تستعصى على فرصة الكتابة للإثبات : هناك فرق واضح بين التصرف القانونى والواقعة المادية . فالتصرف القانونى

---

(١) ويمكن استخلاص أهم الفروق ما بين القرائن القضائية والقرائن القانونية فيما يأتى : (أ) القرائن القضائية أدلة إيجابية ، أما القرائن القانونية فأدلة سلبية أى أنها تعفى من تقديم الدليل . (ب) القرائن القضائية لا يمكن حصرها لأنها تستنبط من ظروف كل قضية ، أما القرائن القانونية فمذكورة على سبيل الحصر فى نصوص تشريعية . (ج) القرائن القضائية كلها غير قاطعة فهى قابلة دائماً لإثبات العكس ، أما القرائن القانونية فبعضها يجوز نقضه بإثبات العكس وبعضها قاطع لا يقبل الدليل العكسى .

إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين فيرتب القانون عليها هذا الأثر . ولما كانت هذه الإرادة لها مظهر خارجى هو التعبير ، فإن القانون اقتضى ألا يكون إثبات هذا التعبير كقاعدة عامة إلا عن طريق الكتابة ، لأن التعبير عن إرادة تتجه لإحداث أثر قانونى أمر دقيق لاتؤدى فيه الشهادة بالدقة الواجبة ، ولأن التصرف القانونى هو الذى تستطاع تهيئة الدليل الكتابى عليه وقت وقوعه ومن ثم كان اشتراط الكتابة لإثباته أمراً ميسوراً .

أما الواقعة المادية فليست عادة من الدقة والتعقيد بحيث تختلف أفهام الناس فى إدراكها ، وبوجه خاص ليس من الميسور تسجيلها بالكتابة عند وقوعها . قليل من الوقائع هو الذى يتيسر فيه ذلك ، وقد عمد المشرع إلى الخطير منها ، كالميلاد والموت ، فأوجب تسجيله بالكتابة على نحو خاص . أما الكثرة الغالبة من الوقائع المادية التى تحدث آثاراً قانونية فلا يتيسر إثباتها بالكتابة ، فيكفى إذن إثباتها بالبينة وبالقرائن ، بل ينفتح فى إثباتها جميع أبواب الإثبات ، وبخاصة باب المعاينة .

٦٩٨ – **أنواع الوقائع المادية** : والوقائع المادية التى تحدث آثاراً قانونية كثيرة متنوعة . منها ما يكون مصدراً للالتزام ، كالعمل غير المشروع والبناء والغراس فى الإثراء على حساب الغير والقيام بأعماله مادية فى الفضالة . ومنها ما يكون سببا لكسب الحقوق العينية ، كالحيازة والاستيلاء ومضى الزمن فى التقادم والجوار فى الشفعة . ومنها ما يحدث آثاراً قانونية أخرى ، كالتواطؤ والغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

فالقاعدة العامة فى هذه الوقائع المادية ، التى أوردنا بعض أمثلة منها ، أنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن[١] . فالبينة والقرائن إذن ،

(١) فواقعة البنوة التى ينبنى عليها الإرث واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، وهى متميزة عن دعوى إثبات الزوجية (نقض مدنى ٥ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٥٩ ص ٣٨٣) . وواقعة مزاولة الممول لنشاط تجارى واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ومنها القرائن (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٩ ص ٨٢٢) . وواقعة مرض الموظف فى استحقاقه للمعاش واقعة مادية يجوز إثباتها بالشهادة الطبية (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧١ ص ٤٧٤) . وواقعة وضع اليد ومدته واقعة مادية يجوز إثباتها بالقرائن والبينة (نقض مدنى ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١) .

فى ميدان الوقائع المادية . قوة مطلقة فى الإثبات . تستوى فى ذلك مع الكتابة ، بل قد تزيد عليها من ناحية الحاجة إليها[1] .

المطلب الثانى

التصرفات القانونية التجارية

٦٩٩ — جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن فى التصرفات القانونية

(١) وهناك وقائع مادية تحتاج إلى إمعان فى النظر : فهناك وقائع مختلطة (**faits mixtes**) يقوم فيها العمل المادى إلى جانب التصرف القانونى . وذلك كالوفاء والإقرار ، فهذه حكمها فى الإثبات حكم التصرفات القانونية لا تثبت فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة . أما الاستيلاء فواقعة مختلطة ولكن يغلب فيها طابع العمل المادى ، ومن ثم تثبت بالبينة وبالقرائن . وهناك وقائع مركبة (**faits complexes**) كالشفعة . وهذه تجتمع فيها جملة من الوقائع : الجوار وهو واقعة مادية تثبت بجميع الطرق ، وبيع العين المشفوع فيها وهو بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أيضاً تثبت بجميع الطرق ، وإرادة الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى لا يثبت إلا بالكتابة بل لابد من طريق خاص فى التعبير عن الإرادة هنا بينه القانون . والحيازة واقعة مادية (نقض مدنى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٣ ص ٥٠٠) . ولكن قد يداخلها تصرف قانونى . فإذا أراد المالك أن يثبت أن الحائز للعين هو مستأجر منه . وجب عليه أن يثبت عقد الإيجار بالكتابة إذا زاد على النصاب . أما إذا أراد إثبات أن الحائز لا يقوم بأعمال الحيازة لحسابه الشخصى بل باعتباره مستأجراً فلا يستطيع التملك بالتقادم ، كان كل من الحيازة والإيجار واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٠ ص ٣٠٣) . والغير فى التصرف القانونى يجوز له إثبات هذا التصرف بجميع الطرق لأنه ليس طرفاً فيه ، فهو بالنسبة إليه واقعة مادية . وفى الإخلال بالتزام عقدى ، يجوز إثبات العمل المادى الذى كون واقعة الإخلال بجميع الطرق لأنه واقعة مادية . وقطع التقادم إذا تم بواقعة مادية كالعودة إلى استعمال حق الارتفاق يثبت بجميع الطرق ، وإذا تم بتصرف قانونى كالاعتراف بحق الارتفاق أو دفع الفوائد والأقساط فلا يجوز الإثبات فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة . ودفع غير المستحق تصرف قانونى يجب إثباته بالكتابة فيما زاد على النصاب . وأعمال الفضالة بالنسبة إلى رب العمل وقائع مادية يجوز لهذا إثباتها بجميع الطرق ، حتى لوكان من بين هذه الأعمال تصرف قانونى قام به الفضولى . ولا يجوز إثبات هذا التصرف القانونى ، فيما بين الفضولى ومن تعاقد معه ، إلا بالكتابة فيما زاد على النصاب . وتنفيذ العقد بأعمال مادية يجوز إثباته بجميع الطرق ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى عليه يستند فى إثبات براءة ذمته من الدين لا على تصرف قانونى بل على واقعة مادية هى استيلاء المؤجر على الزيادة التى كانت قائمة بالعين المؤجرة ، وأن قيمة ما استولى عليه تزيد على قيمة الأجرة المطلوبة ، فلا تثريب على المحكمة إن هى أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذه الواقعة حتى لوكانت الأجرة تزيد على نصاب البينة (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤ ص ٥٥) .

التجارية : رأينا أن المادة ٤٠٠ مدنى تستثنى المواد التجارية من وجوب الإثبات بالكتابة . فالتصرف القانونى التجارى يجوز إذن إثباته بالبينة وبالقرائن حتى لو كانت قيمته تزيد على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة . وحتى لو كان فى ذلك إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . والسبب فى إباحة الإثبات بالبينة وبالقرائن فى المسائل التجارية هو ما يقتضيه التعامل التجارى من السرعة . وما يستلزمه من البساطة . وما يستغرقه من وقت قصير فى تنفيذه[1] .

على أن الإثبات بالبينة وبالقرائن فى المسائل التجارية أمر جوازى للقاضى . كما هو شأن الإثبات بالبينة وبالقرائن فى أية مسألة أخرى[2] . فللقاضى إذن أن يرفض الإثبات بالبينة وبالقرائن إذا رأى أن الإثبات بهما غير مستساغ . وله أن يقدر أن هذا الإثبات لابد من تعزيزه بالكتابة . وبخاصة بما هو مدون فى الدفاتر التجارية . لاسيما إذا كانت التصرفات المراد إثباتها ذات قيمة كبيرة أو كانت مما يصعب ضبطه بغير الكتابة . ويجوز لأصحاب الشأن على كل حال أن يتفقوا على أن يكون الإثبات فيما بينهم فى المسائل التجارية بالكتابة . فتكون الكتابة عندئذ واجبة لأن إباحة الإثبات بالبينة وبالقرائن فى التصرفات التجارية ليست قاعدة من النظام العام . فيجوز الاتفاق على ما يخالفها . وسنعود إلى هذه المسألة[3] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد بيع الأقطان تحت القطع عقد تجارى فيجوز إثباته بالقرائن (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٧ ص ٤٥٥) . وقضت أيضاً بأن الوفاء بسند إذنى يمثل دينا تجاريا يجوز إثباته بالقرائن (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٢ ص ٧٥٤) .

على أن هناك من المسائل التجارية ما لا يستقيم إلا بالكتابة . مثل ذلك الأوراق التجارية وعقود الشركات التجارية وعقود بيع السفن وإيجارها والتأمين عليها أو على البضائع والقروض البحرية .

(٢) نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٧٦ ص ٤٩٩ — ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٦ ص ٥٦٧ — ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٨ ص ٥٨١ — ولا تخضع محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض فى تقديرها لشهادة الشهود واستخلاص الدليل منها (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٦ ص ٣٠٣ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٣٢ ص ٨٦٦) .

(٣) انظر ما يلى فقرة ٢٠٢ .

٧٠٠ — العبرة بنوع التعامل وصفة الخصوم فى اعتبار التصرف القانونى تجاريا : والقانون التجارى هو الذى يبين متى يعتبر التصرف القانونى تجاريا . وقد يقع التصرف بين شخصين ويعتبر بالنسبة إلى كل منهما تصرفا تجاريا ، كصاحب المصنع يبيع سلعته إلى التاجر . فالإثبات يجوز أن يكون هنا بالبينة أو بالقرائن أيا كانت قيمة التصرف . وقد يقع التصرف بين شخصين ويعتبر بالنسبة إلى احدهما تصرفا مدنيا وبالنسبة إلى الآخر تصرفا تجاريا ، كالزارع يبيع محصوله إلى التاجر . وكالمستهلك يشترى من تاجر التجزئة ، وكعقد النشر بين المؤلف والناشر ، وكعقد النقل بين صاحب البضاعة وأمين النقل . وكعمليات البنوك بين العملاء والبنوك . وهذا ما يسمى بالتصرف المختلط . ففى هذه الحالة تسرى القواعد المدنية فى الإثبات على من كان التصرف مدنيا بالنسبة إليه . فلا يجوز بالبينة أو بالقرائن إثبات تسليم الثمن إلى المزارع ولاتسليم السلعة إلى المشترى من تاجر التجزئة . ولاتسليم الأرباح إلى المؤلف ، ولاتسليم البضاعة إلى صاحبها من أمين النقل . ولا عمليات البنوك ضد العميل ، إلا فيما لا يجاوز النصاب . وتسرى القواعد التجارية فى الإثبات على من كان التصرف تجاريا بالنسبة إليه . فيمكن إثبات تسليم المحصول إلى التاجر ، وتسليم الثمن إلى تاجر التجزئة . ومقدار أرباح المؤلف ضد الناشر . وتسليم البضاعة إلى أمين النقل ، وعمليات البنوك ضد البنوك . بالبينة أو بالقرائن أيا كانت قيمة الالتزام[١] .

والعبرة بنوع التعامل لابالمحكمة المختصة . فقد يطرح نزاع تجارى أمام محكمة مدنية فتتبع قواعد الإثبات التجارية . وقد يطرح نزاع مدنى أمام محكمة تجارية فتتبع قواعد الإثبات المدنية[٢] .

---

(١) والسمسرة عمل تجارى دائما بالنسبة إلى السمسار وقد لا تكون عملا تجاريا بالنسبة إلى العميل ، فإذا لم تكن عملا تجاريا بالنسبة إلى العميل لم يجز للسمسار إثبات عقد السمسرة على عميله بالبينة مادامت قيمة العقد تجاوز النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٠٣ ص ٦٣٥) .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٦ — ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٤٢ — ١٨ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٧ .

المبحث الثانى

قوة الإثبات المحدودة للبينة والقرائن

٧٠١ — القاعدة العامة والاستثناءات : رأينا أن للبينة والقرائن قوة مطاقة فى إثبات الوقائع المادية والتصرفات القانونية التجارية . وتبقى بعد ذلك التصرفات القانونية المدنية ، وهذه ليس للبينة والقرائن فيها إلا قوة إثبات محدودة . وقد وضع القانون لذلك قاعدة عامة ، ثم أورد عليها استثناءات معينة .

أما القاعدة فهى ذات شقين : (أولا) لا يجوز إثبات التصرفات القانونية المدنية ، إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات ، إلا بالكتابة . (ثانيا) وحتى إذا كان التصرف القانونى لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فإنه إذا كان ثابتا بالكتابة ، لم يجز إثبات ما يخالف هذه الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة . وغنى عن البيان أن ميدان تطبيق هذه القاعدة بشقيها يستغرق الكثرة الغالبة من التصرفات المدنية التى تكون عادة محلا للتقاضى . ومن ثم كانت البينة والقرائن ذات قوة جد محدودة فى ميدان التصرفات القانونية المدنية .

على أن لهذه القاعدة العامة استثناء له أيضاً شقان : (أولا) يجوز مع ذلك الإثبات بالبينة وبالقرائن ، فيما زاد على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، إذا كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة . (ثانيا) يجوز أيضاً الإثبات بالبينة وبالقرائن ، فيما زاد على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها بعد الحصول عليها . ونرى من ذلك أن البينة والقرائن ، وقد كانت قوتهما محدودة فى القاعدة العامة ، انطلقتا فى الاستثناء ، وأصبح من الجائز إثبات جميع التصرفات المدنية بهما عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو عند قيام المانع .

ونبحث الآن القاعدة العامة ، ثم الاستثناءات .

المطلب الأول

القاعدة العامة

٧٠٢ — هل تعتبر هذه القاعدة العامة بشقيها من النظام العام : قبل أن ندخل فى تفصيلات هذه القاعدة العامة ، نبين هل هى تعتبر من النظام العام . فإنها إذا اعتبرت كذلك ، لم يجز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ولا أن يكون الإثبات بالبينة فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . ثم يكون للمحكمة أن تقضى بهذه الأحكام من تلقاء نفسها . ولا تعتد بنزول الخصوم عنها ، ويجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض .

فى عهد التقنين المدنى السابق كان الفقه والقضاء متفقين على أن القواعد المتعلقة بطرق الإثبات إذا كانت تجيز البينة لا تعتبر من النظام العام . فيجوز للطرفين أن يتفقا على أن الإثبات لا يكون إلا بالكتابة حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات(١) . أما إذا كانت قواعد الإثبات تتطلب الكتابة ، فقد كانت هناك آراء ثلاثة : رأى يذهب إلى أن هذه القواعد هى أيضاً لا تعتبر من النظام العام فيجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة(٢) ، ورأى ثان يذهب إلى أنها تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة(٣) . ورأى ثالث يذهب إلى التمييز بين حالة الاتفاق مقدما على الإثبات بالبينة وهذا لا يجوز . وحالة تراضى الخصمين فى أثناء رفع الدعوى على قبول البينة فى الإثبات وهذا جائز إذ يكون قد تبين لهما مدى النزاع وأهميته(٤) .

---

(١) استئناف وطنى ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧ ص ١٣ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ١٧٠ - ١٨ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٦٧ - استئناف مصر ١٦ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣٣ ص ١٨٠ - استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٦ - ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٤ - ١٩ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١١٥ - ٣١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٤٠ - والتون ١ ص ٣١٩ - أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٩٣ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٦٧٠ ص ٧٠٠ - ص ٧٠١ .

(٣) استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٥ ص ١٠٥٣ - أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٩٢ .

(٤) نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٧ ص ٣١٦ - نقض جنائى =

أما التقنين المدنى الجديد فقد حسم . فيما نرى . هذا الخلاف . فقد قضت الفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ من هذا التقنين بعدم جواز الإثبات بالبينة إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة . ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . فأجاز التقنين الجديد صراحة الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة فى تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات . فبالأولى يجوز الاتفاق على وجوب الإثبات بالكتابة فى تصرف قانونى لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات . كما يجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها [1] . وينهض لتوجيه هذا الرأى أن قواعد الإثبات إذا كانت فى الأصل موضوعة لضمان حسن سير العدالة والتقاضى إلا أن هذا لا يمنع الخصوم إذا رأوا فيما يتعلق بمصالحهم الشخصية ألاّ بأس عليهم من اتباع قاعدة دون أخرى أن يتفقوا على ذلك . فهم أحرار فى تقدير ما يرونه

= ٨ نوفبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١ ص ١٠ – ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٩٤ ص ٦٧٨ – ٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢١٥ ص ٦٣٨ – ٣ نوفبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٠ ص ٤٥٦ – ٥ فبراير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٢٨ ص ٣١٢ – ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ٤٦٥ ص ١٤٢٣ – ٤ فبراير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٤٨١ ص ١١٥٤ – والتون ١ ص ٣١٨ – ص ٣١٩ . وهذا هو الرأى الذى كان القضاء يسير فى الكثرة الغالبة من أحكامه .

(١) انظر نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٨ ص ٦٦٢ – ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٧ ص ٩٨٢ – ١٩ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١ ص ١٠١ – وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لما كانت قواعد الإثبات فى المواد المدنية ليست من النظام العام . فإنه لا يحل لمحكمة الموضوع أن تقدر من تلقاء نفسها بقيام المانع الأدبى من الحصول على سند كتابى وتقضى بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . بل يجب على من يدعى وجود هذا المانع أن يتمسك به ، ثم يكون للمحكمة بعد ذلك أن تقدر دفاعه وتجيز الإثبات بالبينة أو لا تجيزه (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦١ ص ١٢١٤) . وقضت كذلك بأن لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة الإثبات متى كملته البينة ، يستوى فى ذلك أن يكون الإثبات بالكتابة مشترطاً بنص القانون أو باتفاق الطرفين (نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٠٤ ص ٩١٧) . وقضت محكمة النقض الجنائية بأن قواعد الإثبات وما تقضيه من عدم جواز سماع الشهود فيما يجاوز نصاب الشهادة هى قواعد غير متعلقة بالنظام العام ، ويتعين على صاحب المصلحة أن يتمسك بها أمام محكمة الموضوع (نقض جنائى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ الطعن رقم ١٢٢١ سنة ٣٠ ق) .

صالحا مادام الحق المتنازع عليه لا يمس النظام العام . وهم قادرون على التنازل عن هذا الحق . فيستطيعون من باب أولى رسم طريق خاص لإثباته[1] . وعلى هذا الرأى جرى القضاء فى فرنسا ، وإن خالفه الفقه الفرنسى فى ذلك[2] .

ومادام الاتفاق مقدما على جواز الإثبات بالبينة جائزاً . فمن باب أولى يجوز الاتفاق على ذلك بعد رفع النزاع . وقد يفهم هذا الاتفاق دلالة من عدم اعتراض الخصم على طريق الإثبات الذى لجأ إليها خصمه . ومن مساهمته فى هذا الطريق بمناقشته للشهود فى التحقيق أو بطلبه استدعاء شهود للنفى أو بأى عمل آخر[3] .

---

(١) انظر من هذا الرأى عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ٢٠ – ص ٢٢ – حسين المؤمن فى نظرية الإثبات ٢ فى الشهادة ص ٦٧٤ – ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن المقصود بإمكان الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ مدنى هو أن يكون الاتفاق بعد قيام النزاع (سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٣٧٠ – ص ٣٧٣ – انظر أيضاً عبد الباسط جميعى فى نظام الإثبات ص ١٥٨ – ص ١٦٠) . ويؤخذ على هذا الرأى أنه يواجه فى التقنين المدنى الجديد نصا مطلقاً لا يميز بين اتفاق تم بعد قيام النزاع واتفاق تم قبل ذلك ، فكلاهما جائز بصريح النص . ويرى الأستاذ أحمد نشأت أن المادة ٤٠٠ مدنى جاءت مطلقة ، فسوت بين الاتفاق السابق على رفع الدعوى والاتفاق اللاحق وكلاهما جائز . ولكنه يرى أنه كان يحسن بالشارع فى القانون المدنى أن يفرق بين الحالتين . فلا يجيز الأولى ويجيز الثانية (أحمد نشأت فى الإثبات ١ ص ٩٩ – ص ١٠٠) .

(٢) والقضاء الفرنسى يذهب إلى أن قواعد الإثبات . وإن كانت تتعلق بالمصلحة العامة (d'intérêt général) ، ليست من النظام العام (d'ordre publie) : نقض فرنسى ٢٤ أغسطس سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٠ – ١ – ١٤٧ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٣ – ١ – ٧٦ – أول أغسطس سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٣٩٨ – ٦ يناير سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٦ – ١ – ٥٧٦ – ٥ مايو سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ – ١ – ١٧٤ – أما الفقه الفرنسى بوجه عام فيذهب إلى اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام (توليه ٩ فقرة ٣٦ – فقرة ٤١ – ديمولومب ٣٠ فقرة ٢١٣ – لوران ١٩ فقرة ٣٩٧ – أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٢٩٩ وهامش ٥ – بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥١٧ – بيدان وبرو و٩ فقرة ١١٥٤ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٧٧٣ – جوسران ٢ فقرة ٢٠٣) . وإن كان هناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب مع القضاء الفرنسى إلى أن هذه القواعد لا تعتبر من النظام العام (ديرانتون ١٣ فقرة ٣٠٨ وفقرة ٣٢٩ – بونييه ١ فقرة ١٧٧ – هيك ٨ فقرة ٢٩٠ – بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش ٣ مكرر – فيمار ٢ فقرة فقرة ١٨٠٨) .

(٣) نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٦٩ ص ١١٧٣ – ومن باب أولى لو طلب الخصم تكليف خصمه بإثبات ما يدعيه بشهادة الشهود (نقض مدنى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٩ ص ١٠٣١) .

ويترتب على ما قدمناه أنه لا يجوز للقاضى من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبينة ، حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة ، من غير أن يطلب الرفض أحد من الخصوم . كما لا يجوز أن تثار المخالفة للقواعد المتعلقة بطرق الإثبات لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذا لم تكن قد أثيرت قبل ذلك أمام محكمة الموضوع . ويجوز أخيراً الاتفاق على الإثبات بالبينة دون القرائن ، أو على الإثبات بالقرائن دون البينة ، وذلك فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها[1] .

وننتقل الآن إلى القاعدة العامة فى كل من شقيها .

§ ١ – لا تقبل البينة أو القرائن فى تصرفات قانونية تزيد قيمتها على عشرة جنيهات

٧٠٣ – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٠ مدنى على ما يأتى : « ١ – فى غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البينة فى إثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . ٢ – ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف . ويجوز الإثبات بالبينة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل . ٣ – وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة ، جاز الإثبات بالبينة فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ولو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم فى كل وفاء لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات » .

وتنص المادة ٤٠١ مدنى على ما يأتى : « لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات : (ا) ... (ب) إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . (ج) إذا طالب أحد الخصوم فى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠٢

الدعوى بما يزيد قيمته على عشرة جنيهات . ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة »[١] .

ويخلص من هذه النصوص أن التصرف القانونى المدنى لا يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن ، إلا إذا كانت قيمة الالتزام الناشئ عن هذا التصرف لا تزيد على عشرة جنيهات . فإن كانت القيمة تزيد على عشرة جنيهات فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة ، ما لم يوجد اتفاق أو نص فى القانون يجيز الإثبات بالبينة أو بالقرائن [٢] .

فيقتضى الأمر إذن أن نبحث مسألتين : (ا) كيف تحدد التصرفات القانونية المدنية التى تسرى عليها هذه القاعدة (ب) كيف تحدد قيمة الالتزامات الناشئة عن هذه التصرفات لمعرفة ما إذا كانت تزيد على عشرة جنيهات أو لا تزيد عليها .

(ا) تحديد التصرف القانونى

٧٠٤ — الاتفاقات والعقود : تسرى القاعدة المتقدم ذكرها على جميع التصرفات القانونية المدنية . فهى إذن لا تسرى على الوقائع المادية ولا على التصرفات القانونية التجارية . كما تقدم القول . ويدخل فى التصرفات القانونية المدنية جميع الاتفاقات والعقود ، أيا كان الأثر الذى يترتب عليها . فتدخل العقود والاتفاقات التى تنشئ الالتزام أو تنقل الحق العينى ، كالبيع والقرض

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٥٢ — ٥٥ (موافق : النصاب مائة ليرة سورية) — الليبى م ٣٨٧ — ٣٨٨ (مطابق : النصاب عشرة جنيهات ليبية) — العراقى م ٤٨٦ — ٤٩٠ (موافق : النصاب عشرة دنانير عراقية) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٤١ — ٢٤٦ (موافق النصاب خمس وخمسون ليرة لبنانية) .

(٢) أما الاتفاق فقد قدمنا أن القاعدة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما يزيد على عشرة جنيهات ، كما يجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة فيما لا يجاوز عشرة جنيهات . وأما النص فهناك نصوص قانونية تجيز الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما يزيد على عشرة جنيهات ، كما إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو وجد مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها . وسنرى تفصيل ذلك . كما توجد نصوص توجب الإثبات بالكتابة فيما لا يجاوز عشرة جنيهات . من ذلك عقد الصلح (م٥٥٢ مدنى) وعقد الكفالة (م٧٧٣ مدنى) .

والإيجار والوكالة(١) والوديعة والوعد بالبيع أو بالشراء وغير ذلك من العقود الملزمة للجانبين أو الملزمة لجانب واحد . كما تدخل الاتفاقات التي تقضي الالتزام أو تنقله . كالوفاء والتجديد وحوالة الحق وحوالة الدين . كما تدخل العقود والاتفاقات التي تحدث أي أثر قانوني آخر . كالاتفاق على تأجيل الدين أو النزول عن جزء منه أو الاتفاق على إعطاء تأمين بالدين أو الحلول الاتفاقي .

٧٠٥ — التصرفات القانونية الصادرة عن إرادة منفردة : ولا يقتصر سريان القاعدة على العقود والاتفاقات التي تتم بإرادتين متوافقتين . ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد . بل تسري القاعدة أيضاً على كل تصرف قانوني ولو كان صادرا عن إرادة منفردة . ويرجع ذلك إلى أن كل تصرف قانوني — إرادة كان أو أكثر — يمكن إعداد الدليل عليه مقدما . فهو قابل للدليل المهيأ (preuve préconstituée) . ومن ثم اشترط القانون في إثباته الكتابة إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات .

فتسري القاعدة إذن على الإيجاب الملزم . والقبول . والوعد بجائزة . والإجازة (confirmation) . والإقرار (ratification) . والاعتراف بالدين صريحي . والإقرار بالدين (reconna s ance de dette) . والإبراء . وقبول المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير . وقبول الغير في التعهد عن الغير . وفسخ العقد . وإلغائه إذا كان غير محدد المدة كما في الإيجار والوكالة والعارية والوديعة . والرجوع في الهبة . والنزول عن حق عيني . والنزول عن الشفعة . واعتماد الحساب . والتنبيه بالإخلاء (٢) .

(ب) تحديد قيمة الالتزام

٧٠٦ — نصاب البينة عشرة جنيهات : حتى يجوز إثبات التصرف

---

(١) انظر في جواز إثبات الوكالة الضمنية بالقرائن : نقض مدني ١ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٦ ص ٢٢٨ .

(٢) على أن هناك تصرفات قانونية بإرادة منفردة يتطلب القانون فيها شكلا خاصا لانعقادها ، لا لإثباتها فحسب ، وذلك كالإعذار (م ٢١٩ مدني) وعرض الدين على الدائن (م ٣٣٤ — ٣٤٠ مدني) وتطهير العقار (م ١٠٦٥ — ١٠٦٦ مدني) والأخذ بالشفعة (م ٩٤٢ مدني) .

القانونى بالبينة أو بالقرائن ، يجب ألا تزيد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات[1].

وقد يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود . فيسهل عندئذ تحديد قيمته[2]. وإذا كان النقد أجنبيا ، حول إلى نقد مصرى بسعره وقت صدور التصرف القانونى لا وقت المطالبة .

وإذا كان محل الالتزام شيئاً غير النقود ، قدر القاضى قيمته وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة ، دون أن يتقيد فى ذلك بتقدير المدعى . وله عند الحاجة أن يستعين بخبير[3] .

أما إذا كان الالتزام غير محدد القيمة ، كدعوى حساب لا يعرف بعدُ رصيده ، فإنه لا يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن . ويعتبر الالتزام غير محدد القيمة كالالتزام الذى تزيد قيمته على عشرة جنيهات فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة .

٧٠٧ — العبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة : وقد رأينا فيما تقدم أن العبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة . ذلك أن الدليل الكتابى فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات هو دليل مهيأ يجب إعداده مقدما عند صدور التصرف . فلا يستطيع الدائن إلا أن

---

(١) وهذه هى القيمة التى كان التقنين المدنى السابق قد حددها . لم يزدها التقنين المدنى الجديد بالرغم من انخفاض سعر العملة كثيراً . ويبرر ذلك انتشار التعليم فى البلاد مما ييسر على المتعاملين الكتابة . هذا إلى أنه يجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يستوجب القانون الكتابة كما سبق القول .

(٢) والعبرة بقيمة ما يبقى فى ذمة المتعهد وقت التزامه . فإذا تم البيع بثمن مقداره عشرون جنيها دفع نصفه فوراً ، فالعبرة بالنصف الذى يبقى فى ذمة المشترى وقت العقد لا بكل الثمن ، لأن هذا النصف فقط هو الذى كان يخشى إنكاره وكان ينبغى الاحتياط لإعداد الدليل عليه ، ومن ثم تكون قيمة الالتزام هنا عشرة جنيهات لا عشرين ، فيجوز الإثبات بالبينة وبالقرائن . وفى إثبات عقد الرهن تكون العبرة بقيمة الشىء المرهون ، لا بقيمة القرض (جنح مصر المختلطة ٢ أغسطس سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٤٨ ص ٣٩٧ — عكس ذلك محكمة الإسكندرية الوطنية ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩٦ ص ١٨٦) .

(٣) فإذا طالب المدعى بأمتعة أو أثاث أودعها عند المدعى عليه ، وقدرها بعشرة جنيهات أو أقل ، ومن ثم طلب إثبات الوديعة بالبينة ، وعارض المدعى عليه متمسكا بأن الأثاث المدعى به هو ملكه ، وبأنه لو صحت الوديعة فإن قيمة الأثاث تبلغ أكثر من عشرة جنيهات فلا يجوز إثبات الوديعة بالبينة ، فللقاضى فى هذه الحالة أن يعين خبيراً لتقدير قيمة الأثاث وقت إبرام عقد الوديعة المدعى لا وقت رفع الدعوى . ومتى عينت القيمة وقت إبرام العقد ، فلا عبرة بما يطرأ عليها بعد ذلك من نقص أو زيادة .

يقف عند هذا الوقت لمعرفة ما إذا كان واجبا عليه إعداد هذا الدليل .

ويترتب على ذلك نتيجتان أساسيتان : (الأولى) أن المدعى إذا طالب بمبلغ أكبر من عشرة جنيهات على أساس تصرف قانونى قيمته وقت صدوره لا تزيد على عشرة جنيهات ، جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . (الثانية) أن المدعى إذا طالب بمبلغ لايزيد على عشرة جنيهات على أساس تصرف قانونى تزيد قيمته وقت صدوره على عشرة جنيهات ، لم يجز الإثبات بالبينة أو بالقرائن بل وجب تقديم دليل كتابى .

٧٠٨ — النتيجة الأولى — المطالبة بأكثر من عشرة جنيهات على أساس تصرف قيمته لا تزيد على عشرة جنيهات : رأينا أن الإثبات هنا يجوز أن يكون بالبينة وبالقرائن ، لأن العبرة بالقيمة وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة . ويتفرع على ذلك المسائل الآتية :

١ — تقضى الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ مدنى ، كما رأينا ، بأنه « يجوز الإثبات بالبينة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل » . فهنا لاتزيد قيمة الالتزام وقت صدور التصرف على عشرة جنيهات . ومن ثم يكون من حق الدائن الإثبات بالبينة وبالقرائن ولو طالب المدين بأزيد من عشرة جنيهات ، إذا كانت هذه الزيادة إنما أتت من ضم فوائد الدين ومصروفاته إلى أصله . ولو قلنا بغير ذلك ، لكان فى هذا القول بعض الحرج على الدائن . ويكفى أن نفرض أن الدائن أقرض المدين تسعة جنيهات بفائدة ٧٪ لمدة سنة واحدة . فمن حق هذا الدائن أن يعتمد فى إثبات حقه على البينة والقرائن ، فإن أصل الدين تسعة جنيهات ، بل إن أصل الدين وفوائده لمدة السنة لاتزيد كلها على عشرة جنيهات. فإذا استمهل المدين الدائن فى سداد الدين سنة أخرى وقبل الدائن ، كان مجموع الدين وفوائده فى نهاية السنتين أكثر من عشرة جنيهات . فإذا نحن لم نقتصر على أصل الدين فى حساب نصاب البينة ، بل ضممنا إلى الأصل الفوائد ، لما جاز الإثبات بالبينة فى هذه الحالة[1] .

---

(١) ويذهب التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤٢) فى هذه المسألة مذهبا آخر ، فهو إمعانا منه فى كراهية الإثبات بالبينة يقضى بضم الملحقات والفوائد إلى الأصل فى حساب نصاب البينة . =

٢ – لو أن شركة محاصة – وتخضع فى الإثبات للقواعد العامة – كان رأس مالها لايزيد على عشرة جنيهات . وكان ربح أحد الشركاء من هذه الشركة أكثر من عشرة جنيهات . وطالب الشريك بهذا الربح وكان عليه أن يثبت وجود الشركة . لجاز له أن يثبت وجودها بالبينة وبالقرائن ولو أن المبلغ الذى يطالب به أكثر من عشرة جنيهات(١) .

٣ – لو أن عقداً لاتزيد قيمته على عشرة جنيهات أخل به المدين . فرجع الدائن بتعويض يزيد على عشرة جنيهات بسبب هذا الإخلال . لجاز له أن يثبت وجود العقد بالبينة وبالقرائن .

٧٠٩ – النتيجة الثانية – المطالبة بما لا يزيد على عشرة جنيهات على أساس تصرف قيمته تزيد على عشرة جنيهات : العبرة هنا أيضاً بقيمة

= فى المثال المتقدم مادام القرض وفوائده لمدة السنة – ومجموع ذلك كان معلوما للدائن عند صدور عقد القرض – لا يزيد على نصاب البينة ، فلا عليه أن يغفل كتابة سند بالدين إذ له أن يعتمد فى إثبات حقه على البينة . أما إذا رضى بتأجيل الدين سنة أخرى ، فأصبح مجموع الأصل والفوائد يزيد فى نهاية السنتين على نصاب البينة ، فقد كان عليه وقت أن رضى بالتأجيل أن يشترط لذلك كتابة سند بالدين وفوائده لأنه لم يعد يستطيع الإثبات بالبينة بعد التأجيل . وأماالفوائد التى لا تستحق إلا بعد رفع الدعوى ، فهذه لا تضم إلى الأصل فى حساب النصاب ، لأنها لم تكن معروفة ولاتمكن معرفتها وقت صدور التصرف .

هذا ويبدو أن نص التقنين المدنى المصرى صريح فى أن العبرة بأصل الدين وقت صدور التصرف . فلو كانت قيمة القرض عشرة جنيهات بفوائد ٧٪ ، كان الإثبات جائزاً بالبينة لأن أصل الدين لا يزيد على عشرة جنيهات . وهذا بالرغم من أن الدائن كان يعلم وقت صدور التصرف أن مجموع الأصل والفوائد يزيد على عشرة جنيهات .

(١) ويقع أن يشترك عدد من الأشخاص فى شراء « أوراق النصيب » . والثمن لا يجاوز النصاب عادة . ولكن الربح المأمول من الورقة يزيد كثيراً على النصاب . فهل العبرة فى إثبات الشركة بثمن الورقة فيجوز الإثبات بالبينة وبالقرائن ، أو بالربح المأمول فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة ؟ يذهب الأستاذ بلانيول (٢ فقرة ١١٢٧) إلى أن العبرة بثمن الورقة (وانظر فى هذا المعنى نقض جنائى فرنسى ٢ أغسطس سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٤١ – ١ – ١٦١) . والصحيح فى رأينا أن ثمن الورقة ليس هو محل الشركة ، بل محل الشركة هو الربح المأمول ، فالعبرة به فى الإثبات ، ولا يجوز إذن إثبات الشركة فى ورقة النصيب إلا بالكتابة . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العبرة بثمن الورقة وأجازت الإثبات بالبينة ، ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم ، وقضت بأن العبرة بالربح المأمول لا بثمن الورقة ، فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة (نقض مدنى ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤) .

التصرف القانونى لا بالمبلغ المطالب به . ومن ثم لايجوز فى هذه الحالة الإثبات بالبينة وبالقرائن ، بل يجب تقديم دليل كتابى لأن قيمة التصرف تزيد على عشرة جنيهات . ويتفرع على ذلك المسألتان الآتيتان :

١ – تقضى المادة ٤٠١ بند (ب) مدنى بأنه لا يجوز الإثبات بالبينة ولولم تزد القيمة المطالب بها على عشرة جنيهات « إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لايجوز إثباته إلا بالكتابة » . فلو اقترض شخص عشرين جنيها . وكان الوفاء بالقرض مقسطاً على أربعة أقساط متساوية مقدار كل قسط منها خمسة جنيهات . وطالب الدائن المدين بأحد هذه الأقساط وكان عليه أن يثبت عقد القرض ، فلا يجوز أن يثبته بالبينة أو بالقرائن ولو أنه لايطالب إلا بخمسة جنيهات مقدار القسط المستحق . لأنه يؤسس طلبه على عقد قرض قيمته وقت صدوره تزيد على عشرة جنيهات فكان عليه أن يعد دليلا كتابيا لإثباته . وهذا أيضاً صحيح ولوكان القسط المطالب به هو القسط الأخير ، فالاعتبارات التى بنى عليها الحكم فى الحالة الأولى متحققة فى هذه الحالة ، فيكون الحكم واحداً فى الحالتين .

٢ – تقضى المادة ٤٠١ بند (ج) مدنى بأنه لايجوز الإثبات بالبينة « إذا طالب أحد الخصوم فى الدعوى بما تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ثم عدل عن طلبه إلى ما لايزيد على هذه القيمة » . فهنا قد أسس المدعى دعواه على تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات وطالب بهذه القيمة . فلايجوز له الإثبات بالبينة أوبالقرائن حتى لوأنقص بعد ذلك ما يطالب به إلى ما لايزيد على عشرة جنيهات . إذ العبرة ليست بما يطالب به بل بقيمة التصرف القانونى الذى يؤسس عليه دعواه[1] .

٧١٠ – اشتمال الدعوى على طلبات متعددة : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ مدنى تنص على أنه « إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة . جاز الإثبات بالبينة فى كل طلب لا تزيد قيمته على

---

(١) وإذا كان المدعى ، بدلا من إنقاصه المبلغ الذى يطالب به ، نزل عن دعواه أصلا ، ورفع دعوى جديدة على أساس نفس التصرف ، وقدره بمبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات ، جاز له الإثبات بالبينة وبالقرائن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش ٢١) .

عشرة جنيهات ، ولوكانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أوتصرفات من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم فى كل وفاء لاتزيد قيمته على عشرة جنيهات» . فالمفروض هنا أن بين شخصين ديونا متعددة نشأت من مصادر متعددة . ولوكانت طبيعة هذه المصادر واحدة كأن كانت كلها عقود قرض ولكن كل عقد منها متميز عن العقد الآخر . فى هذه الحالة يستقل كل دين بطريق إثباته . مادام متميزاً عن الديون الأخرى فى قيمته وفى مصدره . فإذا كانت قيمته لاتزيد على عشرة جنيهات جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . وإلا فلايجوز إلا الدليل الكتابى . ولايحول دون سريان هذا الحكم أن يكون الدائن قد جمع هذه الديون وطالب بها كلها فى دعوى واحدة فزادت قيمة المجموع على عشرة جنيهات[1] .

كذلك إذا كان الدين عشرين جنيها مثلا ، ووفى المدين جزءاً منه لايزيد على عشرة جنيهات . سواء كان ما وفاه هو بعض الدين أو هو الجزء الباقى من الدين ، فإن المدين يستطيع إثبات هذا الوفاء الجزئى بالبينة وبالقرائن . ذلك أن الوفاء هو ذاته تصرف قانونى متميز عن مصدر الدين الموفى به . فتسرى فى إثباته القواعد التى تسرى فى إثبات مصدر الدين . فإذا أريد إثبات جملة من الوفاءات الجزئية كل منها مستقل عن الوفاءات الأخرى ولا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، وإن كان مجموعها يزيد على هذه القيمة . جاز إثبات أى منها بالبينة وبالقرائن كما جاز ذلك فى إثبات الطلبات المتعددة الناشئة عن مصادر متعددة ولوكان منشؤها تصرفات من طبيعة واحدة بين الخصوم أنفسهم كما سبق القول . ومن ثم يتميز إثبات الدين عن إثبات وفائه . فالدين لاتجوز تجزئته لإثبات كل جزء لايزيد على عشرة جنيهات بالبينة وبالقرائن مادام الدين فى

---

(١) فإذا اشترى شخص ساعة بثمانية جنيهات وسلسلة بثلاثة ، فإن كانت الصفقة واحدة وجب الإثبات بالكتابة ، وإن كانتا صفقتين متفرقتين جازت البينة فى كل منهما .

وقد ذهب التقنين المدنى الفرنسى مذهبا آخر ، إمعانا منه فى كراهية الإثبات بالبينة . فنص فى المادة ١٣٤٥ منه بأنه إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة لم يقم على أى منها دليل كتابى ، وكان مجموع هذه الطلبات يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز الإثبات بالبينة حتى لو قرر المدعى أن هذه الطلبات تولدت من مصادر متنوعة ونشأت فى أوقات مختلفة ، إلا أن تكون حقوقا انتقلت إليه بطريق الميراث أو الهبة أو غير ذلك من أشخاص متعددين .

مجموعه يزيد على هذه القيمة . لأن الدين له مصدر واحد . أما الوفاء فالعبرة فيه لابأصل الدين بل بالقدر الموفى به . فتجوز تجزئة الدين فى الوفاء به إلى آجزاء كل منها لا يزيد على عشرة جنيهات وإثبات كل وفاء جزئى بالبينة وبالقرائن ، لأن الوفاءات الجزئية لها مصادر متعددة .

§ ٢ – لاتقبل البينة أو القرائن فيما يخالف الكتابة أويجاوزها

٧١١ – **شروط أربعة** : تنص المادة ٤٠١ (بند ا) مدنى على ما يأتى : « لايجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات : (ا) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى »[1]. ويمكن حصر شروط تطبيق هذا الحكم فى أربعة : (١) أن تكون هناك كتابة أعدت للإثبات (٢) أن يراد إثبات ما يخالف هذه الكتابة أوما يجاوزها (٣) أن يكون الإثبات مقصوراً على العلاقة فيما بين المتعاقدين (٤) ألايكون هناك احتيال على القانون **(fraude à la loi)**

٧١٢ – **الشرط الأول – وجود كتابة أعدت للإثبات** : يجب أن تكون هناك كتابة قد أعدت للإثبات . والكتابة المعدة للإثبات هى الكتابة التى وقع عليها المدين ، رسمية كانت أو عرفية . فالأوراق التى لم تعد للإثبات ، كالدفاتر التجارية والأوراق المنزلية ، يجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بالبينة والقرائن[2] . ومبدأ الثبوت بالكتابة يجوز إثبات ما يخالفه أو يجاوزه بالبينة والقرائن . لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يكون عادة موقعا عليه وإلا كان دليلا كتابيا كاملا . والتصرف التجارى المكتوب يجوز إثبات ما يخالفه أو يجاوزه بالبينة القرائن ، لأن هذا التصرف يجوز إثباته أصلا بجميع الطرق .

فمتى كانت هناك كتابة معدة للإثبات فقد توافر الشرط الأول . أيا كانت قيمة الالتزام الثابت بهذه الكتابة ولو كانت هذه القيمة لاتزيد على عشرة جنيهات . بل إن القاعدة التى نحن بصددها لاتظهر فائدتها إلا إذا كانت قيمة

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٥٥ (مطابق) – الليبى م ٣٨٨ (مطابق) – العراقى م ٤٨٩ (موافق) – أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٥٣ (موافق) .

(٢) ولكن إذا كانت الأوراق موقعا عليها . كما هو الغالب فى الرسائل ، فإنها تعتبر فى حكم الكتابة المعدة للإثبات . ولا يجوز إثبات مايخالفها اويجاوزها إلا بالكتابة (انظر آنفاً فقرة ٦٥٨).

الالتزام لانزيد على عشرة جنيهات . فتمتنع البينة والقرائن حيث كانت تجوز لولا هذه القاعدة(١) .

٧١٣ – الشرط الثانى – إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها : ونحدد : (أولا) ما يخالف الكتابة . (ثانيا) ما يجاوزها . (ثالثا) ما لايعتبر مخالفاً للكتابة أومجاوزاً لها .

أولا – ما يخالف الكتابة لايجوز إثباته إلا بالكتابة : مثل ذلك أن يتقدم الخصم لإثبات أن ما ورد بالورقة من أن الثمن المدفوع هو مبلغ كذا بيان غير صحيح ، والصحيح أن المبلغ المذكور فى الورقة هو مبلغ أكبر (لمنع الشفعة مثلا) أوهو مبلغ أقل (لتخفيض رسوم التسجيل مثلا) . فإذا كان الخصم هو أحد طرفى العقد لم يجز له إثبات ذلك إلا بالكتابة . ومثل ذلك أيضاً أن يريد البائع إثبات أن البيع المكتوب بيع صورى . فلا يستطيع ذلك إلا بالكتابة وهى هنا ورقة الضد (contre lettre) . ومثل ذلك أخيراً أن يكون الثابت فى الورقة التزاما قيمته عشرة جنيهات . ويريد المدين أن يثبت بالبينة أو بالقرائن أن حقيقة الالتزام خمسة لاعشرة . فلايستطيع .

ثانيا – ما يجاوز الكتابة لايجوز إثباته إلا بالكتابة : وما يجاوز الكتابة هو شىء لايخالف ما هو مكتوب . ولكن يضيف إليه جديداً . فإذا كان القرض لم يذكر فيه أنه قرض بالفائدة . وأراد الدائن أن يثبت أن هناك اتفاقا إضافيا على الفائدة ، فلايجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة حتى لوكانت الفائدة وأصل الدين معها لايزيد على عشرة جنيهات ، لأن هذا إثبات لما يجاوز الكتابة(٢) . كذلك لا يجوز إثبات تجديد التزام ثابت فى ورقة مكتوبة إلا بالكتابة ، ولوكانت قيمة

---

(١) اما إذا كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات فالقاعدة لا تقول جديداً ، لأن الإثبات بالبينة والقرائن فى هذه الحالة ممنوع من الأصل ، سواء فى ذلك ألا توجد كتابة أصلا أو توجد ويراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها.

وإذا أريد إثبات ما يخالف الكتابة أويجاوزها ، فلابد أن يكون الإثبات بالكتابة كما قررنا . ولكن يجوز أن يحل محل الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبينة أوبالقرائن ، فإن هذا النوع من الإثبات يرد استثناء من قاعدة الدليل الكتابى بشقيها كما سنرى .

(٢) أما إذا ذكر فى القرض المكتوب سعر للفائدة ، وأراد الدائن أن يثبت أن السعر المتفق عليه هو أكبر مما ذكر ، أوأراد المدين أن يثبت أن هذا السعر أقل ، فهذا إثبات لما يخالف الكتابة ، ولايكون هو أيضاً إلا بالكتابة كما قدمنا.

كل من الالتزامين الجديد والقديم لا تزيد على عشرة جنيهات ، لأن هذا إثبات لما يجاوز الالتزام المكتوب . وبوجه عام لا يجوز إثبات اتفاق إضافي فوق ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة . سواء ادعى أن هذا الاتفاق الإضافي قد تم قبل الكتابة أو تم في أثنائها أو تم بعدها .

ثالثاً — ما لا يعتبر مخالفاً للكتابة أو مجاوزاً لها لا يتحتم إثباته بالكتابة : مثل ذلك إثبات انقضاء الالتزام الثابت بالكتابة . فهذه واقعة لا تخالف الكتابة ولا تجاوزها . بل هي تؤكدها إذ انقضاء الالتزام ينطوي دلالة على وجوده . فإذا كان انقضاء الالتزام قد تم بتنفيذ أعمال مادية . كبناء منزل أو نقل بضاعة أو القيام بخدمة معينة . فإن هذه الأعمال تثبت بالبينة وبالقرائن ولو كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات . أما إذا كان انقضاء الالتزام قد تم بتصرف قانوني . كوفاء مبلغ من النقود . فإن هذا الوفاء يثبت بالبينة أو بالقرائن إذا لم يزد المبلغ الموفى به على عشرة جنيهات حتى لو كان مجموع الدين أكثر من ذلك أو كان الدين ثابتاً بالكتابة . وكالوفاء الإبراء فهو تصرف قانوني يقضي الدين ، ويثبت بالبينة وبالقرائن إذا لم تزد قيمة الدين على عشرة جنيهات ولو كان الدين ثابتاً في ورقة مكتوبة . كذلك في المقاصة يجوز للمدين إثبات الحق الذي له في ذمة دائنه . ليوقع المقاصة بمقداره . بالبينة وبالقرائن إذا كانت قيمة هذا الحق لا تزيد على عشرة جنيهات . حتى لو كان الدين الذي تقع فيه المقاصة ثابتاً بسند مكتوب وكان يزيد على عشرة جنيهات . أما تجديد الدين فقد رأينا أنه يعتبر مجاوزاً لما هو ثابت بالكتابة . فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة(١) .

---

(١) ويجوز أيضاً إثبات عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه ، في سند مكتوب . بالبينة والقرائن ، فليس في ذلك إثبات لما يخالف الكتابة ، لأن الكتابة ليست دليلاً على صحة التصرف حتى يعتبر الطعن في صحته مخالفاً لها . كذلك يجوز إثبات وقائع مادية يكون من شأنها تفسير العبارات الغامضة في العقد بالبينة والقرائن . وكذلك الأمر في إثبات الظروف والملابسات المادية التي أحاطت بكتابة العقد . ويجوز أخيراً إثبات التاريخ الذي كتبت فيه الورقة ، فيما بين الطرفين ، بالبينة والقرائن ، إذا لم يكن التاريخ مكتوباً ، حتى لو كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات أو كان التزاما مكتوباً ، فليس في هذا إثبات لما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، بل هو إثبات لواقعة مادية لا شك في قيامها ويجوز إثباتها بجميع الطرق . أما إذا كان التاريخ مكتوباً . فلا يجوز إثبات عدم صحته إلا بالكتابة ما لم يكن هناك غش . وبالنسبة إلى الغير لابد من التاريخ الثابت على الوجه الذي تقدم ذكره .

٧١٤ – الشرط الثالث – الإثبات مقصور على العلاقة فيما بين الطرفين : وكل ما قدمناه من وجوب الإثبات بالكتابة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إنما يكون في العلاقة ما بين المتعاقدين . إذ هما اللذان كانا يستطيعان الحصول على الكتابة منذ البداية . وكالمتعاقدين الخلف العام .

أما الغير فيجوز له الإثبات بالبينة والقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . كما أن له إثبات وجود التصرف نفسه بالبينة والقرائن ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات . ففي الحالتين يعتبر التصرف . بالنسبة إليه وهو من الغير ، واقعة مادية[1] يجوز إثباتها أو إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بجميع الطرق . فإذا باع شخص عقاراً لآخر . وكتب في ورقة البيع أن الثمن ألف جنيه مثلا ، وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة ، فإن أن يثبت أن حقيقة الثمن ثمانمائة لا ألف – أي يثبت ما يخالف الكتابة – بالبينة والقرائن . لأن عقد البيع بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية . وفي العقد الصوري الثابت بالكتابة . تثبت الصورية فيما بين المتعاقدين بالكتابة حتى لو كانت قيمة العقد لا تزيد على عشرة جنيهات . أما الغير – وهو هنا الدائن والخلف الخاص – فله أن يثبت الصورية بالبينة والقرائن حتى لو كان العقد الصوري مكتوبا وحتى لو كانت قيمته تزيد على عشرة جنيهات[2] .

٧١٥ – الشرط الرابع – ألا يكون هناك احتيال على القانون : الاحتيال على القانون هو تواطؤ المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام ، وإخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع . فيتضح من ذلك أن الاحتيال على القانون يتخذ مظهر الصورية ، فيكون هناك تصرف غير مشروع هو التصرف الحقيقي يستره تصرف مشروع هو التصرف الظاهر . من ذلك أن يكون سبب الدين قماراً ويكتب المتعاقدان أنه قرض ، فيجوز للمدين في هذه الحالة ، وهو أحد المتعاقدين ، أن يثبت ما يخالف المكتوب

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٩٨ في الهامش .

(٢) نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٧ ص ٨٦ .

بالبينة والقرائن ، ليدل على أن السبب الحقيقي هو القمار لاالقرض[1] . والسبب في ذلك أنه متى وجد احتيال على القانون ، وجب تيسير كشفه وإباحة إثباته بجميع الطرق حتى يلقى جزاءه الحق[2]. ومن ذلك أيضاً أن يخفى العقد ربا فاحشا ويكتب المتعاقدان سببا غير ذلك ، فيجوز للمدين أن يثبت الربا الفاحش — وهو يخالف المكتوب — بالبينة القرائن[3] . على أنه يجب أن يعزز الادعاء بوجود تحايل على القانون قيام قرائن قوية تجعل وقوعه محتملا ، حتى يمكن الترخيص بعد ذلك في إثبات هذا التحايل بالبينة والقرائن[4] .

---

(١) نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٣٨ ص ٤٥٣ — استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٤ — ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ .

(٢) لذلك يجوز إثبات وجود التصرف القانونى ذاته — لا مجرد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها — بالبينة والقرائن إذا كان هناك احتيال على القانون . مثل ذلك ماقضت به المادة ٧٣٩ مدنى من جواز استرداد من خسر فى المقامرة ما أداه للكاسب . وله أن يثبت ما أدى بجميع الطرق ، ولو زاد المقدار على عشرة جنيهات .

(٣) نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٢ ص ٣٩٠ — وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن الوارث الذى يطعن فى تصرف صادر من مورثه فى صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية ، وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه فيه ، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأى طريق من الطرق القانونية (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٥٧٩ — ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣ — ٥ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٥١ ص ٣٠٣) . كذلك يجوز إثبات مايخالف الكتابة بالبينة والقرائن إذا كان السبب الحقيقى الذى تخفيه الكتابة هو صدور العقد فى أثناء الحجر على المدين (استئناف الإسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٧ ص ١٠٤٧) ، أو قيام علاقة غير شرعية بين المدين والدائن (استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩) ، أو تخفيض ثمن المبيع هربا من بعض رسوم التسجيل ، أو التحايل على إخفاء الرهن فى صورة البيع هربا من قانون الخمسة الأفدنة (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤).

(٤) استئناف وطنى ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ١٤٧ . ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ٦٤ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٧٩ — ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ ص ١١٩ — استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٦ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٤ .

المطلب الثانى

الاستثناءات

٧١٦ – نوعان من الاستثناءات : قدمنا أن هناك أحوالا استثنائية يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن . حتى لو زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات ، وحتى لو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . فتكون هذه الأحوال إذن استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابى بشقيها .

وهذه الاستثناءات ، كما أسلفنا القول ، نوعان : (النوع الأول) أحوال يقوم فيها دليل كتابى غير كامل يجعل وجود التصرف القانونى المدعى به قريب الاحتمال . وهذا الدليل الكتابى غير الكامل يسمى مبدأ الثبوت بالكتابة (commencement de preuve par écrit) . (والنوع الثانى) أحوال يقوم فيها مانع ، إما من الحصول على دليل كتابى ، أو من تقديم هذا الدليل بعد الحصول عليه لفقده بسبب أجنبى .

§ ١ – مبدأ الثبوت بالكتابة

٧١٧ – أركان ثلاثة لمبدأ الثبوت بالكتابة : تنص المادة ٤٠٢ مدنى على ما يأتى : « ١ – يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بكتابالة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ – وكل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة »[1].

ويتبين من هذا النص أنه إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، جاز إثبات التصرف القانونى بالبينة والقرائن . فمبدأ الثبوت بالكتابة ، معززاً بالبينة والقرائن ، يكون دليلا كاملا فى كل ما كان يجب إثباته بالكتابة . ومن ثم يكون دليلا كاملا على : (١) تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات . (٢) تصرف قانونى لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ولكن اشترط الطرفان أن يكون إثباته

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٥٦ (موافق) – الليبى م ٣٨٩ (مطابق) – العراقى م ٤٩٠ (موافق) – أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٠٢ (موافق) .

بالكتابة[١] . (٣) تصرف قانونى اشترط القانون بنص خاص أن يكون إثباته بالكتابة كالصلح والكفالة[٢] . (٤) ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .

وحتى يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة يجب ـ وفقاً للنص المتقدم الذكر ـ أن تتوافر أركان ثلاثة : (١) أن تكون هناك ورقة مكتوبة (٢) وأن تكون هذه الورقة المكتوبة صادرة من الخصم الذى يحتج بها عليه أو ممن يمثله (٣) وأن يكون من شأن هذه الورقة أن تجعل وجود التصرف القانونى قريب الاحتمال .

٧١٨ — الركن الأول — وجود ورقة مكتوبة : لابد ، حتى يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة ، من وجود ورقة مكتوبة . فمجرد الأعمال المادية لا يكفى . مثل ذلك أن يشرع المدين فى وفاء التزامه بأن يقوم بعمل مادى محض ، فلا يجوز للدائن أن يتخذ من هذا العمل المادى مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات وجود الالتزام فى ذمة المدين[٣] .

وكل كتابة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة[٤] . فسند غير موقع — إذ السند الموقع يكون دليلا كتابيا كاملا — ودفاتر تجارية وسجلات وأوراق منزلية ومراسلات وتأشيرات على سند الدين ، كل هذه تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، هذا إذا لم تكن دليلا كاملا فى الحالات التى نص القانون فيها على ذلك وقد تقدم بيانها . كذلك يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة محاضر الجرد ، ودفاتر الحساب ، والإيصالات[٥] والمخالصات ، والتأشيرات

---

(١) نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٠٤ ص ٩١٧ .

(٢) انظر فيما يتعلق بشركة التضامن : نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٢٩٧ ص ٨٦٩ .

(٣) أما إذا كان الشروع فى الوفاء ينطوى على تصرف قانونى كالوفاء بمبلغ من النقود ، وأثبت فى ورقة مكتوبة لأن المبلغ الموفى به يزيد على عشرة جنيهات ، فإن هذه الورقة تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته فى ذمة المدين .

(٤) ويجوز الاستغناء عن إبراز الورقة المكتوبة نفسها إذا ثبت وجودها وكذلك مشتملاتها عن طريق الإقرار أو اليمين ، لا عن طريق البينة أو القرائن (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧) .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن الإيصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذى كان قد أودعه إياه ، يجوز للمشترى أن يعتمد عليه فى إثبات حصول البيع له ، متى كان قد حصل عليه برضاء المودع عنده (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) .

فى هامش الأوراق والسندات أوفى ظهرها ، والمذكرات الشخصية ولوكانت مدونة فى أوراق منثورة ، وصور الأوراق الرسمية[1] . وصور الأوراق العرفية كصورة العقد المسجل . وتصلح الأوراق القضائية ونحوها أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة حتى لوكانت أوراقاً فى قضية أخرى . وذلك كالبيانات المدونة فى أسباب الحكم[2] ، وما ورد فى محاضر الجلسات ومحاضر التحقيق[3] . والإقرارات التى تدون فى مذكرات الخصوم ولو أمضاها الوكلاء عنهم[4] . والبيانات التى تقدم لمصلحة الشهر العقارى أو لمصلحة البريد أو للمصالح الحكومية الأخرى وتدون فى أوراق رسمية[5] .

ويجوز أن يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من مجموع أوراق متفرقة لا من ورقة واحدة . كما إذا كانت الورقة الصادرة من الخصم تشير إلى ورقة أو أوراق

---

(١) والشهادة التى تستخرج من دفتر التصديقات على الإمضاءات أو الأختام الموقع بها على المحررات العرفية هى صورة رسمية لما يدون فى هذا الدفتر من ملخص للمحرر . وليست صورة للورقة العرفية . ولذلك فإنه يجوز الاستناد إليها كمبدأ ثبوت بالكتابة فى إثبات هذا العقد (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . وقضت محكمة النقض . فى إثبات صورية العقد . بأنه إذا كان الحكم لم يعتمد فى صورية عقد البيع على شهادة من واقع دفتر التصديق على التوقيعات ، بل اطلعت المحكمة على كتابة مدونة فى الدفتر المذكور بها إمضاء المقر وقع به أمام الكاتب المختص ، فإنه يكون قد اعتمد على سند كتابى صالح للاحتجاج به على الموقع وعلى خلفائه (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . ويبدو أن محكمة النقض اعتبرت الشهادة التى تستخرج من دفتر التصديقات مبدأ ثبوت بالكتابة . أما الكتابة المدونة فى دفتر التصديقات والموقعة فاعتبرتها دليلا كتابيا كاملا .

(٢) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٧ .

(٣) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن أقوال المتهم فى أثناء التحقيق يمكن أن تكون مبدأ بالكتابة إذا احتوت على تناقض أو تباين يدل على سوء نية ، ولم تكن هذه الأوراق ظاهرة بحيث تكون اعترافا صريحا (١٥ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٢٨) .

(٤) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ٧ رقم ١٠ ص ١٧ .

(٥) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا أخذ أحد ضباط القرعة قيمة البدل العسكرى من والد أحد المقترعين وبددها . وزور شهادة معافاة باسم المقترع المذكور ، فإن هذه الشهادة المزورة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى تسلم المبلغ (٧ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣ ص ٤) .

أخرى غير صادرة منه . ولكنها هي دون الأوراق الأخرى التي تجعل وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال[١] .

والسند الرسمي الباطل إذا كان موقعاً عليه من ذوي الشأن تكون له قيمة الورقة العرفية . فمن باب أولى يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم يكن صالحا لأن يكون دليلا كتابيا كاملا[٢] . والسند العرفي . إذا كان باطلا لعدم التوقيع عليه . يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوبا بخط المدين أو كان صادراً منه أو ممن يمثله . وكذلك السند العرفي الموقع عليه أو الصادر من المدين . دون ذكر لمقدار الدين . يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، فيجوز إثبات الدين بالبينة والقرائن . ولا يعد هذا إثباتا لما يجاوز الكتابة لأن الكتابة هنا ليست دليلا كتابيا كاملا بل مبدأ ثبوت بالكتابة .

وفي بعض الأحيان قد يكون مجرد بيان سلبي ، أي مجرد إغفال ذكر بيان في ورقة مكتوبة . صالحاً لأن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . فيستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من عدم ذكر أمر في ورقة تحتويه عادة . كما إذا لم يذكر الورثة في محضر جرد أموال مورثهم دينا للمورث فإن هذا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة في التخالص من هذا الدين[٣] . وتفريعاً على هذا المبدأ نصت المادة ١٧٣ مرافعات على أنه « إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني . جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك» . والورقة المكتوبة هنا هي المحضر

---

(١) ومن باب أولى إذا قدمت في الدعوى قصاصات ورق مجموعة بعضها إلى بعض بطريق اللصق ، فاستدلت المحكمة منها على أنها أجزاء لأصل واحد ، واعتبرتها لا ورقة ضد كاملة بل مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧ ص ٨٧) .

(٢) أما إذا كان السند الرسمي الباطل غير موقع من ذوي الشأن . وكان عدم التوقيع راجعا إلى جهل ذي الشأن بالكتابة أو عدم استطاعته إياها أو رفضه للتوقيع . فإنه يصلح كذلك أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، أما إذا كان السند الرسمي الباطل غير موقع عليه لا لجهل بالكتابة أو عدم استطاعة لها أو رفض للتوقيع . فإنه يكون مجرد مشروع لم يتم ، ولا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة .

(٣) استئناف مصر ٨ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٢٠ ص ٢٢٨ — وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن عدم ذكر دين متنازع عليه في محضر جرد قد يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، على أساس أن محضر الجرد الخالي من ذكر الدين هو الورقة المكتوبة (نقض فرنسي ١٩ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٩٥) .

الرسمى الذى دون فيه تخلف الخصم عن الحضور أو امتناعه عن الإجابه[١] .

٧١٩ – الركن الثانى – الورقة صادرة من الخصم أو ممن يمثله : حتى تصلح الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تكون صادرة من الخصم الذى يحتج عليه بها . وصدور الورقة من الخصم إما أن يكون صدوراً ماديا (mtériel) أو صدوراً معنويا (intellectuel) . فالصدور المادى يتحقق بأن تكون الورقة بتوقيع الخصم أو بخطه . وأى الشيئين يكفى : التوقيع أو الخط . والورقة التى وقعها الخصم تكون غالبا دليلا كتابيا كاملا إذا أعدت أصلا لإثبات المدعى به . ولكنها قد لاتكون أعدت لذلك فعندئذ تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة[٢]. وقد تكون الورقة غير موقع عليها من الخصم ولكنها مكتوبة بخطه . وهذا يكفى لاعتبار الورقة صادرة منه[٣]. والصدور المعنوى يتحقق بأن الخصم –

---

(١) فكأن الواقعة التى يتكون منها مبدأ الثبوت بالكتابة هى واقعة مستقلة عن الكتابة ، وليست الكتابة إلا لإثباتها . وقد رأينا نظير ذلك فى الاستغناء عن إبراز الورقة المكتوبة ، إذا ثبت وجودها وكذلك مشتملاتها عن طريق الإقرار أو اليمين (انظر نفس الفقرة فى الهامش) .

وتاريخ مبدأ الثبوت بالكتابة يكون حجة على الغير دون حاجة إلى أن يكون ثابتا . والغير الذى ينازع فى صحة هذا التاريخ يستطيع أن يثبت عدم صحته بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، لأنه من الغير وليس طرفاً فى الورقة التى يحتج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة .

وكون هذا الركن الأول – وجود ورقة مكتوبة – قد توافر فى مبدأ الثبوت بالكتابة أو لم يتوافر ، مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وقع شخص بإمضائه التزاما عقده الغير لحسابه ، دون أن يبين ما إذا كان قد أراد بإمضائه الالتزام أن يقره أو أن يكون مجرد شاهد فى الورقة ، فإن هذا السند لا يكون دليلا كاملا على التزامه . ولايصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة يرخص فى تقديم البينة لإثبات أنه إنما وقع بإمضائه كطرف فى الالتزام لا كمجرد شاهد (استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٤٧) .

(٣) استئناف وطنى ٣ مارس سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٦٠ – استئناف مصر ١٠ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٨ – بل إن الإقرار يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة باعتباره صادرا من الخصم . وقد قضت محكمة النقض بأنه يمكن أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة الإقرار المركب إذا أريدت تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر ، لأن عدم تجزئة الإقرار محله ألا يكون فى الدعوى دليل آخر غيره . أما إذا وجدت بينه فتمكن تجزئة الإقرار على أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تكمله البينة (نقض فى ٢١ يونيه سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٧٦ ص ٢١٠ – وحكم ثانٍ فى نفس التاريخ : المحاماة ٢٦ رقم ٨٣ ص ٢٢٠ – وحكم ثالث فى ٩ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧ – وانظر مايلى فقرة ٧٣٦ فى الهامش) .

وهو لم يوقع الورقة ولم يكتبها بخطه – يعتبرها كما لو كانت صادرة منه. فقد يكون الشخص أميا فتكتب الورقة بإملائه[١] . وقد تكون الورقة لم تكتب بإملائه ولكنه تمسك بها مقراً بما ورد فيها كمخالصة صادرة من الخصم الآخر تمسك بها[٢] . والورقة الرسمية غير الموقع عليها من الخصم قد تعتبر صادرة منه صدوراً معنويا . فالإقرارات والبيانات التي ترد في أسباب الحكم وتلك التي ترد في محضر الاستجواب أو في محضر المعاينة كل هذه تعتبر صادرة من الخصم لأنها مدونة في أوراق رسمية منسوبة إلى الخصم بواسطة موظفين عامين.

ويصح أن تكون الورقة صادرة ، لا من الخصم نفسه ، بل ممن يمثله الخصم أو ممن يمثل الخصم وقت تحرير الورقة . فمثل من يمثله الخصم المورث . فالورقة الصادرة من المورث تعتبر كأنها صادرة من الوارث ، وتصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها على الوارث كما كان يحتج بها على المورث . ومثل من يمثل الخصم وكيله . فالورقة التي تصدر من الوكيل في حدود وكالته تعتبر كأنها صادرة من الموكل ويحتج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة[٣]. والمحامي يعتبر وكيلا عن الخصم الذي يترافع عنه . فالبيانات التي يكتبها في مذكراته منسوبة إلى موكله تعتبر صادرة من الموكل . وهذا هو أيضاً شأن ما يدلي به في مرافعته منسوبا إلى موكله ويدون في محضر الجلسة أو في محضر التحقيق . وكذلك المحضر

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن محاضر الحجوز الإدارية التي توقع بناء على طلب المؤجر على زراعة المستأجر تعتبر قانونا أنها صادرة من المؤجر ، وهي بذلك تصلح للاحتجاج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة في شأن بيع الأشياء المحجوزة بالقدر وبالثمن الوارد بها ، فإذا استكملتها محكمة الموضوع بما تذكره في حكمها من القرائن . واستنتجت منها وجوب خصم قيمة المحصولات حسبما جاء بمحاضر الحجز ، فهذا الاستخلاص مما يدخل في حاصل فهم الواقع في الدعوى ، ولا رقابة فيه لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٩ ص ١٠٧٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الطاعن قد قدم إلى المحكمة ضمن مستنداته خطابا مرسلا له من المطعون عليه ، فإنها لا تكون قد أخطأت إذا ما استخلصت من هذا الخطاب دليلا قبل الطاعن (مبدأ ثبوت بالكتابة) . ذلك أن تقديم الطاعن مستنداً له في الدعوى يفيد تمسكه بما ورد فيه ، فيصح الاحتجاج عليه بمضمونه (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام ٤ رقم ١٣٤ ص ٩٠٤) – وانظر نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٧ ص ١٦٢ .

(٣) نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤١ ص ٦٦٠ – أول ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧ ص ٦٢ .

يعد وكيلا . فكل إعلان يقوم به المحضر على لسان الخصم يعتبر كأنه صادر من الخصم . ويمثل الولى والوصى والقيم القاصر والمحجور عليه فى حدود ولاية كل منهم . فالورقة الصادرة من أحد من هؤلاء فى هذه الحدود تعتبر كأنها صادرة من القاصر أو المحجور عليه .

أما إذا لم تكن الورقة صادرة من الخصم ولا ممن يمثله الخصم ولا ممن يمثل الخصم ، فإنها لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة . فالورقة الصادرة من الخصم الآخر لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها على الخصم الأول[1] . والورقة الصادرة من أحد الزوجين لا يحتج بها على الزوج الآخر ما لم يكن الزوج وكيلا وفى حدود هذه الوكالة . كذلك لا يحتج بالورقة الصادرة من الابن على أبيه . ولا من الأب على ابنه[2] . ولا بالورقة الصادرة من أحد الشركاء فى الشيوع على باقى الشركاء . ولا من أحد الخصوم فى الدعوى على المتضامنين معه فى الخصومة . ولا من مصفى الشركة على أحد الشركاء[3] .

٧٢٠ — الركن الثالث : تجعل المدعى به قريب الاحتمال : لا يكفى أن تكون الورقة المقدمة مبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها أن تجعل الورقة المراد إثباتها محتملة . بل يجب أن تجعل هذه الواقعة مرجحة الحصول . لا ممكنة الحصول فحسب . فإذا توافر ركن قرب الاحتمال على هذا النحو . فإن مبدأ الثبوت بالكتابة هو وحده لا يكفى دليلا كاملا ، بل تجب تكملته بالبينة أو بالقرائن أو بهما معاً . وليس القاضى مجبراً . عند وجود مبدأ الثبوت بالكتابة . أن يحيل الدعوى إلى التحقيق لتكملة الدليل . فقد يرى فى ظروف القضية وملابساتها ما يقنعه بصحة الواقعة المدعى بها . وتكون القرائن فى هذه الحالة هى التى أكملت مبدأ الثبوت بالكتابة . وقد يقوم من ظروف القضية وملابساتها ما يقنعه بعكس ذلك . فلا يحتاج أيضاً فى هذه الحالة إلى أن يحيل الدعوى

---

(١) نقض مدنى فى ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٦ ص ٣٩٨ — استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١١ .

(٢) نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ .

(٣) وكون الورقة صادرة من الخصم أو ممن يمثله مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، شأنها فى ذلك شأن الركن الأول

إلى التحقيق . ويزول ما كان لمبدأ الثبوت بالكتابة من أثر كدليل . وقد يرى القاضي أن يحيل الدعوى إلى التحقيق لاستكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بالبينة ، وهنا أيضاً يستبقي القاضي سلطته الكاملة في التقدير . فيسمع الشهود . وقد يقتنع فتصبح عنده الواقعة المدعى بها . وقد لايقتنع فيعتبر أن هذه الواقعة لم يقم عليها الدليل[1] .

وتقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال مسألة واقع . لاتخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض[2] . وهذا لايمنع من وجود ضوابط يستأنس بها قاضي الموضوع في تقديره . ولكنه غير مقيد بها قانوناً[3] .

---

(١) نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٤ ص ٣٣٦ .

(٢) نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٩ — ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٦ ص ٤٤٥ — ١٨ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨١ ص ٥٦٦ — ٩ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٢ ص ٧٩٧ — ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٦ ص ٣٨٥ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ — ٨ ديسمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٠٣ ص ٦٣٥ — ٩ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٢٧ ص ٢١٢ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٧٥ ص ١٢١٨ — ٥ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٩ ص ٢٨٩ .

فن الأركان الثلاثة لمبدأ الثبوت بالكتابة . يكون الركنان الأولان — وجود ورقة وكونها صادرة من الخصم — من مسائل القانون . فهما يخضعان لرقابة محكمة النقض . والركن الثالث — قرب الاحتمال — من مسائل الواقع لا يخضع لهذه الرقابة .

(٣) ولاستخلاص هذه الضوابط يمكن أن ترد الورقة المقدمة على اعتبار أنها مبدأ ثبوت بالكتابة إلى أحد أنواع ثلاثة : (١) ورقة كان من الممكن أن تكون دليلا كتابيا كاملا ولكن نقصها شرط فانقلبت إلى مبدأ ثبوت بالكتابة : مثل ذلك الورقة الرسمية إذا شابها عيب في الشكل ، والورقة العرفية المكتوبة بخط المدين إذا لم تكن موقعة . فهذه أوراق تصلح في الأصل أن تكون دليلا كتابيا كاملا ولكن نقصها شرط فانقلبت إلى مبدأ ثبوت بالكتابة . إذ هي تذكر الواقعة المراد إثباتها ذكر الدليل الكامل فلا يكون هناك شك في أنها تجعل هذه الواقعة قريبة الاحتمال . (ب) ورقة لم يكن ممكنا أن تكون دليلا كتابيا كاملا على الواقعة المراد إثباتها ولكنها تشير إلى هذه الواقعة : وهذه الإشارة قد تكون إيجابية أو سلبية . مثل الإشارة الإيجابية كتاب يرسله شخص إلى آخر يتكلم فيه عن بيع أو قرض أو أي عقد آخر . فيكون هذا الكتاب مبدأ ثبوت بالكتابة ضد صاحبه على وقوع هذا العقد (نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٠ ص ٦٥٣ — ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥ ص ١٧ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦ =

§ ٢ – قيام المانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها

٧٢١ – النص : تنص المادة ٤٠٣ مدنى على ما يأتى : « يجوز أيضاً الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة : (ا) إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى . (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه[1] .

ويتبين من هذا النص أن هناك حالتين تتميز إحداهما عن الأخرى وإن كانتا تشتركان من ناحية قيام المانع فى كل منهما : (ا) حالة قيام المانع من الحصول على الكتابة (ب) حالة قيام المانع من تقديم الكتابة بعد الحصول عليها ، وذلك لفقدها بسبب أجنبى .

(ا) قيام المانع من الحصول على الكتابة

٧٢٢ – المانع المادى والمانع الأدبى : إذا وجد مانع من الحصول على

= ص ٢١ – ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٦ ص ٣٤٦) . ومثل الإشارة السلبية أن تثبت الورقة واقعة هى عكس الواقعة المراد إثباتها تماما ثم يتبين بعد ذلك تزوير الورقة ، فتنتفى هذه الواقعة العكسية وتصبح الواقعة المراد اثباتها قريبة الاحتمال ، كأن يطالب الدائن مدينه بالدين وليس مع الدائن سند مكتوب فيبرز المدين مخالصة يثبت تزويرها . ومثل الإشارة السلبية أيضاً أن تكون الورقة من شأنها فى الأصل أن تثبت واقعة ، فإذا هى لم تثبتها كان فى ذلك إشارة سلبية إلى أن هذه الواقعة غير صحيحة . وذلك كأن تجرد تركة الميت بحضور دائنه ولا يذكر الدين فى محضر الجرد ، فخلو هذا المحضر من ذكر الدين مع حضور الدائن وقت الجرد يجعل واقعة انقضاء هذا الدين قريبة الاحتمال . (ج) ورقة تثبت واقعة أخرى لها ارتباط بالواقعة المراد إثباتها ويكون ثبوت هذه الواقعة الأخرى من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال : مثل ذلك ان يقرر الدائن المرتهن شطب القيد ، فإن هذا التقرير يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء الدين إذ أن الدائن المرتهن لا يرضى عادة بالشطب قبل أن يستوفى حقه . ومثل ذلك أيضاً أن يتقدم المدعى عليه بدين وورقة تفيد أن المدعى مدين له بعد تاريخ استحقاق الدين المدعى به ، ذلك لأن المدين لا يبدأ فى العادة أن يكون دائناً لدائنه إلا بعد أن يوفيه الدين الذى عليه (انظر فى أمثلة أخرى : نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٧ ص ٥٧٠ – ٢٦ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٠ ص ٢٥٢ – استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩ استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٣) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٥٧ (موافق) – الليبى م ٣٩١ (مطابق) – العراقى ٤٩١ (موافق) – أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٤٢ (موافق) .

الكتابة لإثبات تصرف قانونى كان الواجب إثباته بالدليل الكتابى . فلا مناص من النزول عند حكم الضرورة والسماح بالبينة والقرائن تحل محل الكتابة فى إثبات هذا التصرف . فتكون البينة أو القرائن دليلا كاملا لإثبات : (١) ما تزيد قيمته على عشرة جنيهات . (٢) كل عقد يتطلب القانون إثباته بالكتابة كالصلح والكفالة . (٣) ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .

والمانع ، وفقاً للنص المتقدم الذكر ، إما أن يكون مانعا ماديا أو مانعا أدبيا . وسواء كان ماديا أو أدبيا ، فهو واقعة مادية يكلف بإثباتها الخصم الذى يدعيها . وله أن يثبتها بالبينة والقرائن . فيجب إذن على الخصم أن يثبت أولا قيام المانع . ثم يثبت التصرف القانونى المدعى به . ويثبت هذا وذاك بجميع الطرق[١] .

٧٢٣ — المانع المادى : لم يورد التقنين المدنى أمثلة على المانع المادى كما فعلت بعض التقنينات الأخرى ، بل ترك الأمر إلى تقدير القاضى . فحيث تقوم ظروف مادية يتعذر معها الحصول على الكتابة لإثبات التصرف . فإنه يجوز الإثبات بالبينة والقرائن .

مثل ذلك الوديعة الاضطرارية (dépôt nécessaire) : فمن فوجئ بخطر كحريق أو اضطرابات فبادر إلى إنقاذ متاعه بإيداعه عند الغير . لا يجد من الوقت ولا من الظروف التى أحاطت به متسعا للحصول من المودع عنده على دليل كتابى بالوديعة إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات . فإذا زال الخطر وأراد المودع استرداد متاعه وأنكر المودع عنده الوديعة . كان على المودع أن يثبت أولا قيام المانع من الحصول على الدليل الكتابى وهذه واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ثم يجوز له بعد ذلك أن يثبت بالبينة والقرائن عقد الوديعة ذاته .

---

(١) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٠ — ١٣ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٩٣ — ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦ — وتقدير المانع موكول إلى قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٦ ص ٥٥٠ — ٦ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٤ ص ٦٩٧) . وعلى ذلك يكون التحدى بقيام المانع الأدبى لتبرير عدم الحصول على الدليل الكتابى فى الأحوال التى يوجبه القانون لإثبات العقد من المسائل الواقعية التى يجب التمسك بها أمام محكمة الموضوع ، ومن ثم فلا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ١٦ نوفبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١١١ ص ٦٨٠) .

ومثل ذلك أيضاً وديعة النزيل في الفندق لأمتعته : فصاحب الفندق مسئول مسئولية عقدية بموجب عقد الوديعة عن المحافظة على الأمتعة التي يأتي بها بها النزيل . وإثبات عقد الوديعة في هذه الحالة يكون بجميع الطرق لقيام مانع مادي من الحصول على الكتابة . ونلاحظ هنا أن المانع لم يعد يجعل الحصول على الدليل الكتابي متعذراً كما كان الأمر في الوديعة الاضطرارية . بل هو مانع يجعل الحصول على الدليل الكتابي غير مألوف ويتعارض مع ظروف الإيداع .

ونزول أحداث غير منظورة قد يحول دون الحصول على دليل كتابي . فيكون مانعا ماديا . ويجب أن يكون الحادث غير منظور . وأن يكون جسيما بحيث يجعل التعاقد على الالتزام أمراً بلغ حداً من الاستعجال لايتسع معه الوقت للحصول على سند كتابي . فإقراض شخص مالا طرأت الحاجة اليه وهو على وشك السفر . أو وهو مصاب في حادث لم يكن يتوقعه . وإيداع السيارة في مكان عام حيث لايوجد من الحراس عدد كاف لتسلم جميع السيارات المودعة . وإصابة المودع بشلل فجائي اضطر معه للانتقال إلى المستشفى قبل الحصول على سند كتابي [١] . وإيداع صندوق بداخله نقود في أثناء قيام البوليس بالتفتيش[٢] . كل هذه حالات يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن لقيام المانع المادي دون الحصول على سند كتابي . ويقدر القاضي كل حالة على حدتها ، ليرى هل هناك مانع مادي[٣] .

٧٢٤ – المانع الأدبي : وقد يكون المانع أدبيا . وتقدير ذلك كما هو الأمر في المانع المادي موكول لتقدير قاضي الموضوع[٤] . وأكثر ما ترجع

---

(١) دائرة النقض الجنائية ٦ يونيه سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٩٣ .

(٢) أسيوط الكلية ١٠ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٠

(٣) وينص كل من قانون البينات السوري (م ٥٧) والتقنين المدني العراقي (م ٤٩١) على أنه « يعتبر مانعا ماديا ألا يوجد من يستطيع كتابة السند» . في البلاد التي لم تنتشر فيها الكتابة انتشارا كافيا قد يتعذر في بعض الأحوال العثور على شخص يستطيع كتابة السند . فيقوم المانع المادي ويجوز الإثبات بالبينة والقرائن . ولا يعتد بهذا المانع إلا في القوانين التي تنص عليه . ففي التقنين المصري حيث لا نص لا يكون هذا مانعا يسوغ الإثبات بالبينة والقرائن .

(٤) نقض مدني ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ — ٥ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام =

الموانع الأدبية إلى أمور ثلاثة : (١) الزوجية والقرابة (٢) علاقة الخدمة (٣) العرف المتبع .

فعلاقة الزوجية قد تحول . وفقاً لظروف كل حالة . دون الحصول على دليل كتابى لإثبات قرض ما بين الزوجين . أو لإثبات الوفاء بالدين . أو لإثبات أى تصرف قانونى آخر[١] . وكعلاقة الزوجية علاقة المصاهرة[٢] . وعلاقة الخطبة وحدها قد تكفى فى بعض الأحوال لقيام المانع الأدبى[٣] . والعلاقة ما بين الولد وأبويه كثيراً ما تحول دون الحصول على دليل كتابى[٤] ، وكذلك علاقة الأخوة[٥] . وصلة القرابة ما بين المتهم وخالته[٦] أو عمته[٧] ، وسواء كانت القرابة قريبة أو بعيدة . فمحكمة الموضوع هى التى تقدر ، فى كل حالة بالذات . متى تعتبر هذه القرابة مانعا أدبيا[٨] .

= النقض ٦ رقم ١٤١ ص ١٠٨٦ - ٥ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٤٣ ص ١٠٩٩ - ٢٣ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٣٥ ص ٢٦٠ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١١١ ص ٦٥٠ - ١٢ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٨ ص ٤٥٥ .

(١) نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ - استئناف وطنى ١١ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٩ .

(٢) استئناف مصر ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٢ رقم ١٢٧ ص ٣٧١ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العرف جرى بين المصريين ، وخصوصا المسلمين منهم ، على أنه بعد الاتفاق على الخطبة ودفع المهر وقبل إتمام الزفاف يشترى الجهاز ، فإذا سلم الخاطب ولم يتم الزواج ، وطولب به ، جاز إثبات الدعوى بالبينة إذ يوجد فى هذه الظروف مانع أدبى يحول دون الحصول على سند كتابى من الخاطب (استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٥ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٢١ ص ٧٥٧ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٣ ص ٥٣) . ولكن محكمة استئناف مصر قضت كذلك بأن مجرد خطبة أحد المتقاضيين لابنة الآخر ليست بالعلاقة التى تمنع من حصول كل منهما على الدليل الكتابى قبل الآخر (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١١٤ ص ٣٠٦) .

(٤) استئناف مصر ٧ يونيه سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٤ ص ١٩٧ .

(٥) نقض جنائى ٢ يونيه سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٦١ ص ١٣٧ - استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٤١ ص ٩٣ .

(٦) نقض جنائى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٠٨ .

(٧) طنطا الكلية أول ديسمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٦ ص ٩٨ .

(٨) نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٩ ص ٥٣٦ - أول يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ ص ٣٩٦ - ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٧ ص ٢٤٠ .

والعلاقة ما بين المخدوم والخادم قد لاتسمح . تبعا للظروف . بالحصول على الدليل الكتابي . فخدمة المنازل لايستطيعون عادة تقديم دليل كتابي على أجورهم وشروط خدمتهم . ولا على ماقدموه لحساب المخدوم من مبالغ صرفوها في الشوون المنزلية(١) . وكذلك العلاقة ما بين رب العمل والعامل قد لاتسمح هي أيضاً . تبعا للظروف . بأن يكون هناك دليل كتابي .

ويقضي العرف في بعض المهن بألا يكون هناك دليل كتابي على التعامل . ويتحقق ذلك بوجه خاص في مهنة الطب . فإن الطبيب في أكثر الظروف لايحصل على دليل كتابي من المريض بما اتفقا عليه من أجر للعلاج(٢) . وحائك الملابس لايأخذ عادة ورقة مكتوبة على عميله(٣) . وجرت عادة أصحاب الفنادق والمطاعم والمقاهي ألا يأخذوا دليلا كتابيا على مايقدمون إلى عملائهم من خدمة ومأكل ومشرب . وجرت عادة التجار ألا يأخذوا دليلا كتابيا على ما يرسلون إلى المنازل من سلع . وجرت العادة في الأسواق أن تجرى المبايعات بالشروط المألوفة دون كتابة(٤) .

(ب) قيام المانع من تقديم الكتابة لفقدها بسبب أجنبي

٧٢٥ — أمور ثلاثة يجب إثباتها : ومن حصل على سند مكتوب ثم فقده بسبب أجنبي يجوز له الإثبات بالبينة والقرائن . ولكن عليه أن يثبت أموراً ثلاثة :

١ — أنه كان قد حصل فعلا على دليل كتابي كامل ، ويجوز أن يثبت ذلك بجميع الطرق لأنه إنما يثبت واقعة مادية .

٢ — وأن هذا السند قد فقد ، وهذه أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن .

---

(١) استئناف مصر ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٧ ص ٤٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢٦ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٩ .

(٣) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٣٨ .

(٤) وقد تقوم صلات أخرى تكون مانعا أدبيا . من ذلك صلة الجوار (إعارة الأواني والحلي ما بين الجيران ، وإعارة المواشي وآلات الزراعة والدواب في القرى) ، وصلة الوكالة غير المأجورة ، ومركز الشخص الاجتماعي .

٣ – وأن فقد السند كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، كسرقة أو حريق أو غير ذلك من الحوادث التي لم يكن يتوقعها . وهذه هي أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن[١] .

فإذا استطاع الخصم إثبات هذه الأمور الثلاثة ، كان له بعد ذلك أن يثبت الحق الذي يدعيه بالبينة والقرائن[٢] .

٧٣٦ – نطاق تطبيق القاعدة : وهو يستطيع بعد إثبات الأمور الثلاثة المتقدمة الذكر ، أن يثبت بالبينة والقرائن : (١) أي تصرف تزيد قيمته على عشرة جنيهات . (٢) أي تصرف لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ولكن اتفق الطرفان على أن يكون إثباته بالكتابة . (٣) أي عقد يشترط القانون أن يكون إثباته بالكتابة ولو لم تجاوز قيمته عشرة جنيهات كالصلح والكفالة . (٤) ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .

وإلى هنا يتعادل نطاق تطبيق القاعدة التي نحن بصددها مع نطاق تطبيق قاعدتين أخريين سبق بيانهما : مبدأ الثبوت بالكتابة وقيام مانع من الحصول على الدليل الكتابي . ولكن نطاق القاعدة التي نحن بصددها يتسع عن ذلك ، إذ الدليل الكتابي قد وجد فعلا ولكنه ضاع بغير تقصير الدائن . لذلك يجوز لهذا أن يثبت بالبينة والقرائن ، فوق ما تقدم ، أي عقد شكلي كالهبة والرهن الرسمي ، لأن السند مفرغاً في الشكل الذي يتطلبه القانون قد وجد فعلا .

---

(١) وللمحكمة أن ترفض الإحالة إلى التحقيق إذا رأت الادعاء غير جدي (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠) – ويعتبر سبباً أجنبياً أن يحتال المدين على الأمين على السند المثبت لحق الدائن بحجة تقديمه لإحدى الجهات الحكومية ورده ، فلا يرده ويدعي فقده (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٧ ص ٩٨٢) . ويعتبر كذلك سببا أجنبيا فقد السند نتيجة لإهمال محامي الدائن أو موظفي مكتبه في المحافظة عليه (نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٧٢ ص ٤٨٥).

والسبب الأجنبي هنا لا يتشدد فيه التشدد الذي رأيناه في المسئولية ، فيكفي أن يثبت صاحب السند أنه لم يقصر في المحافظة عليه حتى يعتبر أنه فقد السند لسبب أجنبي . وقد يتضمن إثبات السبب الأجنبي إثبات فقد السند ، فإذا أثبت شخص أن حريقاً لا يد له فيها التهمت منزله ولم يستطع انتشال أوراقه ومستنداته فاحترقت جميعها ، كان في هذا إثبات للسبب الأجنبي وإثبات لفقد السند المكتوب في وقت معاً (استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢١٤) .

(٢) نقض مدني ١٨ يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٦ ص ٤٨٥ .

فاستكمل التصرف أركانه وقام صحيحاً ، ثم فقد السند بسبب أجنبي ليس من شأنه أن يؤثر في قيام التصرف(١) .

الفصل الثالث

الطرق المعفية من الإثبات

الإقرار واليمين والقرائن القانونية

الفرع الأول

الإقـــرار

٧٢٧ — الإقرار القضائي — أركانه وحجيته في الإثبات : المقصود بالإقرار هنا هو الإقرار القضائي (aveu judiciare) ، وهو الذى يدلى به الخصم أمام القضاء(٢) . ونبحث في الإقرار بهذا المعنى : (أولا) أركانه (ثانيا) حجيته في الإثبات .

---

(١) هذا والسند في حالة التصرف الشكلي لابد أن يكون سنداً رسميا . فإذا فقد فإن الصور الرسمية قد تقوم مقامه أو تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على النحو الذى قدمناه عند الكلام في حجية الصور الرسمية للسند الرسمي . وفي هذه الحالة لا نكون في حاجة إلى القاعدة التي نحن بصددها ، فإن قبول البينة والقرائن جائز بدونها . أما إذا لم توجد صور رسمية أصلا ، أو وجدت ولكنها لا تصلح أن تكون على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة ، فعندئذ يكون للخصم فائدة من التمسك بقاعدة فقد السند المكتوب بسبب أجنبي ليتمكن من إثبات التصرف بالبينة والقرائن .

(٢) وهناك إقرار غير قضائي (aveu extrajiudiciaire) يكون خارج القضاء ، وهو يخضع للقواعد العامة . ومن ثم يجب التمييز بين إثبات قيامه وبين حجيته في الإثبات .

فالإقرار غير القضائي يقوم بصدوره من المقر شفويا أو في ورقة مكتوبة . فإن كان شفويا ، وأنكره من نسب إليه ، وجب على من يحتج به أن يثبت أولا صدوره من خصمه . ويخضع في ذلك للقواعد العامة في الإثبات . وإن ثبت بإقرار قضائي ، بقي مع ذلك إقرارا غير قضائي . لأن الإقرار القضائي هنا ليس إقرارا بالدعوى ذاتها ، بل هو ليس إلا إقرارا بالإقرار الصادر خارج القضاء .

فإذا ما ثبت قيام الإقرار غير القضائي ، كانت له حجية في الإثبات تتبع إلى حد كبير الصورة التي قامت به . فإن قامت به صورة إقرار مكتوب ، فله قوة الكتابة التي تضمنته . رسمية كانت =

المبحث الأول

أركان الإقرار

٧٢٨ – أركانه أربعة : تنص المادة ٤٠٨ مدنى على ما يأتى : « الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه . وذلك أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة »(١) .

ويتبين من هذا النص أن للإقرار أركانا أربعة : (١) اعتراف الخصم (٢) بواقعة قانونية مدعى عليه بها (٣) أمام القضاء (٤) فى أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة .

٧٢٩ – الركن الأول – اعتراف الخصم : الإقرار اعتراف يصدر من المقر . والاعتراف تقرير (déclaration) لواقعة معينة على أنها حصلت(٢) .

= أو عرفية (نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٦ ص ٢٦٣) . والمهم فى شأنه أنه لما كان إقرارا خارج القضاء ، فإن للقاضى سلطة واسعة فى تقدير قوته فى الإثبات ، ذلك أن صاحبه يكون عادة أقل حيطة فى أمره مما لو كان إقرارا أمام القضاء . وللقاضى ، مع تقدير الظروف التى صدر فيها الإقرار والأغراض التى حصل من أجلها ، أن يعتبره دليلا مكتوبا أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة ، كما له ألا يأخذه به أصلا . وهو فى كل ذلك إنما يباشر سلطته التقديرية التى لا معقب عليها من محكمة النقض (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤ ص ٣٠ – ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٠ ص ٦٠٠ – ٢٨ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام القضاء ١٣ رقم ١٢٨ ص ٨٦٤ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام القضاء ١٤ رقم ١٧١ ص ١١٨٧) . وإن قامت بالإقرار غير القضائى صورة إقرار شفوى وثبت ذلك ، كان هذا الإقرار حجية كاملة من حيث صدوره من المقر ، ولكن يترك تقدير قوته فى الإثبات للقاضى كما فى الإقرار المكتوب

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٩٤ (موافق) – الليبى م ٣٩٦ (مطابق) – العراقى م ٤٦١ (موافق) – أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢١٠ (موافق) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الاستخلاص السائغ لدلالة الإقرار والظروف الملابسة له يستقل به قاضى الدعوى بلا رقابة من محكمة النقض (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١ ص ٢١) ، وبأن إقرارات المورث تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤=

فالإقرار من هذه الناحية عمل مادى ، كالشهادة والتوثيق والكتابة . ولكن الإقرار من ناحية أخرى ينطوى على نزول من المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه كما سنبين فيما يلى ، والنزول تصرف قانونى من جانب واحد . فيكون التكييف الصحيح للإقرار إذن هو أنه واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى . فهو واقعة مختلطة (fait mixte) شأنه فى ذلك شأن الوفاء[١] . ولكل من هاتين الناحيتين فى الإقرار — الواقعة المادية والتصرف القانونى — نتائجه القانونية .

فالإقرار ، من حيث إنه واقعة مادية ، لا حاجة فى تمامه إلى قبول من الخصم الذى صدر الإقرار لصالحه . ويترتب على ذلك أن الإقرار إذا صدر لم يجز للمقر الرجوع فيه بحجة أن الخصم المقر له لم يظهر بعد قبوله إياه .

والإقرار ، من حيث إنه ينطوى على تصرف قانونى من جانب واحد ، لا يحتاج أيضاً إلى قبول . ثم إنه يجب لصحته نفس الشروط الواجب توافرها لصحة هذا التصرف القانونى . فيجب أن يكون المقر أهلا للالتزام بالواقعة التى أقر بها[٢] ، وأن تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة[٣] . ويجب للتوكيل فيه أن تصدر وكالة خاصة (م٧٠٢ مدنى) . فلا تكفى الوكالة

= رقم ٨٤ ص ٥٧٩) . ويجوز الإقرار الضمنى ، ويعتبر إقرارا ضمنيا عدم المنازعة فى بعض من الوقائع دون بعض آخر (نقض مدنى ٤ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٣ ص ٤٣٧)

ولا يعتبر إقراراً ما يسلم به الخصم اضطرارا واحتياطا لما عسى أن تتجه إليه المحكمة من إجابة الخصم إلى بعض طلباته ، لأن هذا التسليم لا يعتبر اعترافا خالصا بوجود الحق الذى سلم به تسليما جدليا فى ذمته . ومن ثم فإذا كان المطعون عليه بعد أن طلب فى الاستئناف بصفة أصلية إلغاء الحكم الابتدائى ورفض دعوى الطاعن قبله برمتها ، طلب من باب الاحتياط تخفيض مبلغ التعويض المحكوم به ابتدائيا ، فإن هذا الطلب الاحتياطى لا يعد بمثابة إقرار من المطعون عليه بصحة دعوى خصمه (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٦ ص ٥٧١) .

(١) انظر ما يلى فقرة ٧٣٤ — ونرى أن كلا من توجيه اليمين الحاسمة وردها تصرف قانونى ، أما الحلف نفسه فواقعة مادية . والنكول عن اليمين ، كالإقرار واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى .

(٢) أما المقر له فلا تشترط فيه أهلية ما ، بل يجوز الإقرار للصبى غير المميز والمجنون (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨) .

(٣) استئناف مصر ٣ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٣٢٣ ص ٣٨٤ .

العامة(١) . ومن ثم لا يصح الإقرار من محام ما لم يكن التوكيل الصادر إلى هذا المحامى منصوصا فيه على تفويضه فى الإقرار(٢) .

٧٣٠ – الركن الثانى – واقعة قانونية مدعى بها : ويجب أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها على المقر . ولا يكون الإقرار إلا على مسألة من مسائل الواقع لا على مسألة من مسائل القانون(٣) . وأية واقعة تمكن الادعاء بها يجوز فيها الإقرار . إذ الإقرار كالكتابة حجيته مطلقة غير محدودة . فيجوز الإقرار بتصرف قانونى أيا كانت قيمته . ولو زادت على نصاب البينة . ويجوز الإقرار بواقعة مادية يترتب عليها أثر قانونى . كما إذا ادعى الدائن علم المشترى بإعسار المدين فى الدعوى البولصية فهذه واقعة مادية يمكن أن ينصب عليها الإقرار .

وما دام الإقرار ينطوى على تصرف قانونى كما قدمنا . وهو ضرب من

---

(١) نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨١ ص ٤٧٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٧ – ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٥٠ – أما الولى والوصى والقيم فيصح إقرارهم عن الأصيل فى الحدود التى يجوز لهم فيها القيام بأعمال التصرف . فيشترط إذن فى كثير من الأحوال لصحة هذا الإقرار الحصول على إذن من المحكمة .

وما دام الإقرار ينطوى على تصرف قانونى . فإنه يرد عليه ما يرد على التصرفات القانونية من احتمال الصورية والتواطؤ . فقد يكون الإقرار صوريا تواطأ عليه المقر والمقر له إضرارا بحقوق الغير كالدائنين والخلف . ويجوز لهؤلاء إثبات الصورية بجميع الطرق . فإذا أثبتوها لم ينفذ الإقرار فى حقهم . والإقرار الصادر فى مرض الموت يعتبر فى حكم الوصية . فلا ينفذ إلا من ثلث التركة . ويمنع من صحة الإقرار ثبوت أن المقر كاذب فى أصل إقراره (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠١ ص ٦٦٢) .

ويصح الإقرار ولو كان خاليا من ذكر سببه السابق عليه . لأنه ليس منشئاً لحق بل هو مظهر له (نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ٧ ص ١٥٨ – ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ صرقم ١١٣ ص ٦٩٣) .

(٣) فالإقرار الصادر من أحد المتعاقدين بوصف عقد بأنه بيع وفاء لا رهن لا يعتبر حجة على المقر . لأن هذا إقرار بوصف عقد من الوجهة القانونية فلا يقيد المحكمة مادام أنه غير مطابق للأركان التى اشترط القانون وجوب توافرها (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥ ص ٦٢ – استئناف مصر ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٣٢/٢ ص ٢٤٧ – ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٥٠/٢ ص ٣١٤) .

ضروب التصرف في الشيء المقر به من جانب المقر . لذلك يجب أن يكون محل الإقرار معينا تعيينا مانعا من الجهالة الفاحشة . وأن يكون مما يجوز التعامل فيه فلا يصح الإقرار بدين مراهنة أو قمار ولا بإيجار منزل للعهارة ولا بالاتفاق على ارتكاب جريمة(١) .

٧٣١ – الركن الثالث — أمام القضاء : فالإقرار الذي لا يصدر أمام القضاء لا يعد إقراراً قضائيا . ويعتبر قضاء كل جهة نظمها القانون من جهات القضاء . فلا يقتصر ذلك على القضاء المدني . بل يتناول القضاء التجاري والقضاء الإداري . كذلك يعتد بالإقرار الصادر في دعوى مسئولية مدنية مرفوعة أمام القضاء الجنائي . وبالإقرار الصادر أمام قاضي التحضير . وأمام القاضي المنتدب للتحقيق أو للاستجواب . ويجب أن تكون جهة القضاء الصادر أمامها الإقرار مختصة موضوعيا على الأقل(٢) . ويجوز أن يصدر الإقرار أمام المحكمين(٣) .

٧٣٢ — الركن الرابع — في أثناء سير الدعوى : ولا يكفي أن يصدر الإقرار أمام القضاء . بل يجب أيضاً أن يصدر في خلال إجراءات الدعوى التي يكون الإقرار فيها دليل الإثبات . فيصح أن يكون في صحيفة الدعوى ذاتها . أو في المذكرات التي تليها . أو في المذكرات التي يرد بها على الدعوى . وأكثر ما يقع الإقرار في خلال استجواب تقرره المحكمة . ويجوز أن يصدر في جلسة من جلسات المرافعة . أو عند إبداء الطلبات الختامية وقبل إقفال باب المرافعة .

ولكن الإقرار الذي يصدر في إحدى الدعاوى فيكون فيها إقرارا قضائيا . لا يكون في دعوى أخرى . ولو بين الخصمين وفي نفس الواقعة . له قوة

---

(١) ويجب بداهة أن يكون محل الإقرار لا يكذبه ظاهر الحال . فلا يصح إقرار شخص ببنوة آخر أكبر منه في السن (م ٤٦٥ مدني عراقي – م ٩٧ من قانون البينات السوري – م ١٥٧٧ من المجلة) .

(٢) فالإقرار أمام المحكمة الجزئية . في دعوى المختص بها هي المحكمة الكلية . يكون إقرارا غير قضائي بالنسبة إلى هذه المحكمة الأخيرة .

(٣) ولكن الإقرار الصادر أمام النيابة العامة أو الخبير أو المحقق الإداري لا يعتبر إقراراً قضائيا . لأن هذه الجهات ليست جهات قضاء (استئناف مصر ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٥٥ ص ٣٣٧) .

الإقرار القضائى[١] . ذلك أن الإقرار القضائى مقصور قوته على الدعوى التى صادر فيها . فإذا تمسك به الخصم المقر له أو الغير فى دعوى أخرى كان الإقرار بالنسبة إلى هذه الدعوى الأخرى إقرارا غير قضائى[٢] . فالإقرار القضائى الصادر فى دعوى الحيازة يكون إقراراً غير قضائى فى دعوى الملكية . والإقرار القضائى الصادر فى الدعوى المستعجلة لا يصلح إلا إقراراً غير قضائى فى دعوى الموضوع . ذلك أن الإقرار نزول عن المطالبة بالإثبات كما قدمنا . فإذا نزل شخص عن المطالبة بالإثبات فى دعوى لم يستخلص من هذا نزوله فى دعوى أخرى[٣] .

المبحث الثانى

حجية الإقرار

٧٣٣ – مسائل ثلاث : تنص المادة ٤٠٩ مدنى على ما يأتى : « ١ – الإقرار حجة قاطعة على المقر . ٢ – ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه . إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى[٤] » .

---

(١) نقض مدنى ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨١ ص ٢٢١ – استئناف مصر ٧ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٩ ص ٥٣٨ .

(٢) فيخضع لتقدير المحكمة (نقض مدنى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٦ ص ١٠١٢) . ويجوز دحضه بإثبات أنه غير مطابق للحقيقة (نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٣٢ ص ٢٠٤) .

(٣) والإقرار خارج إجراءات الدعوى ، ولو فى الوقت الذى تنظر فيه الدعوى ، لا يكون إقراراً قضائيا . فلو أن خصما أرسل كتابا لخصمه ، فى أثناء نظر الدعوى القائمة بينهما ، يتضمن إقراراً ، وتمسك الخصم المقر له بهذا الكتاب أمام المحكمة ، فإن الإقرار ، فى هذه الحالة يعد إقراراً غير قضائى . كذلك يعد إقراراً غير قضائى ما يذكر فى تظلم مرفوع إلى الجهة الإدارية ، ولو كان هذا التظلم متعلقا بدعوى كانت مرفوعة وقت تقديم التظلم أمام محكمة مدنية .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٠٠ – ١٠١ (مطابق – فيما عدا لفظ « قاصرة » بدلا من لفظ « قاطعة ») – الليبى م ٣٩٧ (الفقرة الأولى مطابقة ، والفقرة الثانية تترك للقاضى تقدير ما إذا كان الإقرار يتجزأ) – العراقى م ٤٦٩–٤٧٠ (مطابق =

ويتبين من هذا النص أن الإقرار حجة قاطعة على المقر . وهو أيضاً حجة قاصرة عليه ، ثم إن الإقرار في الأصل لايتجزأ . فهذه مسائل ثلاث نبحثها على التعاقب .

٧٣٤ — الإقرار حجة قاطعة على المقر : ومعنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات . يأخذ بها القاضي واقعة ثابتة بالنسبة إلى المقر . والحجة هنا قاطعة . لايجوز إثبات عكسها[١] .

وترجع هذه الحجية القاطعة إلى أن الإقرار إعفاء من الإثبات (dispense de preuve) . ذلك أن الخصم إذا ادعى واقعة وجب عليه إثباتها . فإذا أقر خصمه بهذه الواقعة كان هذا معناه أنه يعفيه من هذا الإثبات . فتصبح ثابتة لا لأن دليلا أثبتها بل لأنها في غير حاجة إلى الإثبات[٢] . والمقر . وهو يعفي خصمه من إثبات مايدعيه . إنما ينزل عن حقه في مطالبة خصمه بهذا الإثبات . وهذا هو التأصيل الذي وقفنا عنده . عندما قررنا أن الإقرار واقعة مادية تتضمن تصرفاً قانونيا هو نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات[٣] .

٧٣٥ — الإقرار حجة قاصرة على المقر : ولما كان الإقرار نزولا عن المطالبة بحق الإثبات . فهو من هذه الناحية تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر . ولايتعداه إلا إلى ورثته بصفتهم خلفاً عاما[٤] .

= فيما عدا لفظ « قاصرة » بدلا من لفظ « قاطعة ») — أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٦ (موافق) .

(١) ولكن هذا لا يمنع من أن يطعن المقر في إقراره بأنه صورى . أو أنه وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه . أو أنه صدر منه وهو ناقص الأهلية . ولا يكون هذا رجوعا عن الإقرار . بل هو إلغاء له .

(٢) نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٣ ص ٢٦٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٧٢٩ .

(٤) نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٣ ص ٤٤٠ — ٣ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥٥ ص ٣١٧ — على أن الوارث يستطيع أن يثبت عدم صحة إقرار مورثه بجميع الطرق إذا كان في هذا الإقرار احتيال على القانون . كما إذا قصد المورث بإقراره إيثار بعض الورثة (نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩ — ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣) .

فلا يتعدى أثر الإقرار إلى الدائن ولا إلى الخلف الخاص . فإذا أقر المدعى عليه فى دعوى استحقاق دار بملكية الدار . لم يكن هذا الإقرار حجة على دائنه . ويجوز للدائن أن يتدخل فى الدعوى ويثبت بجميع الطرق أن الإقرار غير صحيح . وذلك حتى تبقى الدار لمدينه فيستطيع أن ينفذ عليها بالدين . كذلك إذا كان المدعى عليه فى المثل المتقدم قد باع الدار لآخر . ثم رفعت عليه دعوى الاستحقاق وأقر بملكية الدار للمدعى ، فإن هذا الإقرار يكون حجة قاصرة عليه دون المشترى . ويستطيع هذا أن يتدخل فى الدعوى ليثبت بجميع الطرق أن الإقرار لا صحة له . وذلك حتى تخلص له ملكية الدار . وإذا حكم فى الدعوى بموجب إقرار المدعى عليه قبل أن يتدخل الدائن أو المشترى . فلهذين الاعتراض على الحكم اعتراض الخارج عن الخصومة وفقاً لأحكام المواد ٤٥٠ — ٤٥٦ مرافعات .

كذلك لو أقر أحد الشركاء فى الشيوع بالتصرف فى الملك الشائع : كان إقراره هذا حجة عليه وحده دون الشركاء الآخرين . ولو أقر أحد الورثة بحق على التركة . فإن إقراره يكون حجة عليه دون سائر الورثة[1] . ولو أقر أحد المدينين المتضامنين . فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين (م ٢٩٥ / ١ مدنى) .

٧٣٦ — التجزئة فى الإقرار – الإقرار البسيط والإقرار الموصوف والإقرار المركب :

والإقرار المركب : إذا اقتصر الإقرار على تصديق المدعى عليه للمدعى فى فى جميع ما ادعاه . كما إذا قال المدعى إنه أقرض المدعى عليه مائة مؤجلة إلى سنتين استوفى منها قسطا فأقر المدعى عليه بكل ذلك . فإن هذا الأقرار يكون إقراراً بسيطا محضا (aveu pur et simple) . ولا محل فيه للنظر فيما إذا كان يتجزأ أو لا يتجزأ .

لكن إذا قال المدعى فى دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة قد حل أجلها ، فأقر المدعى عليه بأنه اقترض المائة ولكن لاتزال مؤجلة . أو طالب المدعى

---

(١) والإقرار بعض الورثة بالدين الثابت فى ذمة مورثهم لا يترتب عليه قطع التقادم بالنسبة إلى من عداهم من الورثة (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤ — ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام القضاء ١٥ رقم ١٥٦ ص ١٠٥٠) .

بدين منجز وأقر المدعى عليه بدين معلق على شرط . فكل من الأجل والشرط يعتبر وصفاً فى الإقرار . ولذلك يسمى الإقرار هنا إقرارا موصوفا (aveu qualifié) . والذى تجب مراعاته فى الوصف هو أن يكون مقترنا بالدين وقت نشوئه . إلا أن يكون حادثا استجد بعده . وهذا متوافر فى الأجل والشرط إذ هما وصفان يقترنان بالدين وقت نشوئه . وحكم الإقرار الموصوف أنه لا يتجزأ على صاحبه . فإما أن يأخذ الدائن الإقرار كله موصوفاً كما هو . أو يطرحه كله . وليس له أن يجزئه . فيقتصر على إقرار المدين بالدين ويدع الوصف الذى دخل على الدين من أجل أو شرط يلقى عبء إثباته على المدين . فإذا أخذ بالإقرار كله . كان الثابت بهذا الإقرار هو الدين موصوفا بالأجل أو الشرط . وإذا اطرح الإقرار كله . لم يثبت شيء بالإقرار المطرح . وعلى الدائن إثبات ما ادعاه كما لو لم يكن هناك أى إقرار . فيتعين عليه أن يثبت الدين . وعلى المدين أن يثبت الأجل أو الشرط . ويجوز أيضاً أن يتخذ الدائن من الإقرار طريقاً لإثبات القرض فى ذاته ثم يثبت هو — لا المدين — أن القرض قد حل أجله أو أنه غير معلق على شرط . والذى لا يجوز هو أن يستبقى الدائن من الإقرار ما هو فى صالحه ويلقى على المقر عبء إثبات ما ليس فى صالحه . فإن هذا يعتبر تجزئة للإقرار . ولا تصح التجزئة فى الإقرار الموصوف(١) .

وإذا قال المدعى فى دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة . وأقر المدعى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن إقرار المستفيد بأنه لم يتسلم قيمة الشيكات ليكون مدينا بها أو لينفقها فى شؤون نفسه . وإنما تسلمها لينفق منها على أعمال والده الساحب . يجعله من قبيل الإقرار الموصوف وهو لا يتجزأ . وبفرض اعتباره إقرارا مركبا . فإنه لا يقبل التجزئة أيضاً لتوافر الارتباط بين الواقعة الأصلية وهى قبض الشيكات والواقعة المصاحبة لها وهى القصد من القبض . وهذا الارتباط يؤثر فى كيان الواقعة الأولى ووجودها القانونى (نقض مدنى ١٩ يونيه سنة ١٩٦٣ : مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢٢ ص ٨٦٠) . وانظر : نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠ — ٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٤ ص ٢٢٧ — ٧ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٣ ص ٣٤ — استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٦٢ م ٢٥ ص ٦٠ — ١٧ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢ .

ويلاحظ أن الدائن إذا اطرح الإقرار كله وأراد أن يثبت الدين بطريق آخر ، فإن له أن يتخذ من الإقرار المطرح مبدأ ثبوت بالكتابة ، كما له أن يفعل ذلك عند اطراح الإقرار المركب غير القابل للتجزئة (انظر آنفاً فقرة ٧١٩ فى الهامش) كما سنرى .

عليه بأنه اقترض المائة ولكنه وفاها . فإن الإقرار هنا يكون إقراراً مركبا (aveu complexe) . والفرق بين الإقرار المركب والإقرار الموصوف — وكلاهما يشتمل على واقعة أصلية وواقعة مرتبطة بها — أن في الإقرار الموصوف تقترن الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية من وقت نشوء الواقعة الأصلية كما قدمنا . أما في الإقرار المركب فالواقعة المرتبطة لاتقترن بالواقعة الأصلية من وقت نشوئها . بل تستجد بعدها . فالإقرار بالدين مع الوفاء به إقرار مركب يتكون من واقعة المديونية وهي الواقعة الأصلية وواقعة الوفاء وهي الواقعة المرتبطة بها . ولكن واقعة الوفاء لم تقترن بواقعة المديونية من وقت نشوئها بل استجدت بعدها إذ حصل الوفاء بعد أن وجدت المديونية . والأصل في الإقرار المركب أنه أيضاً لايتجزأ على صاحبه . فإذا أقر المدين أنه اقترض المائة ولكنه وفاها . فإما أن يأخذ الدائن بالإقرار كله فيخسر دعواه . أويطرح الإقرار كله وعليه أن يثبت الدين وعلى المدين أن يثبت الوفاء . أو يستبقى الإقرار بالقرض ويحمل هو عبء إثبات أن المدين لم يقم بوفائه . والذى لايجوز هو أن يستبقى الإقرار بالقرض ويلقى عبء إثبات الوفاء على المدين ، فإن هذا يعتبر تجزئة للإقرار حيث لاتصح التجزئة . وكذلك يكون الحكم فيما إذا أقر المدين بأنه اقترض المائة ولكن الدين انقضى بالتجديد[١] أو انقضى بالإبراء ، ففي هاتين الحالتين أيضاً لايتجزأ الإقرار على صاحبه . ولايجوز للدائن أن يستبقى من الإقرار ماهو في صالحه أى واقعة المديونية . ويلقى على المدين عبء إثبات ما ليس في صالحه أى واقعة التجديد أو واقعة الإبراء[٢].

في هذه الأحوال الثلاثة — الإقرار بالمديونية مع وفاء الدين والإقرار بها مع التجديد والإقرار بها مع الإبراء — يوجد إقرار مركب من واقعة أصلية

---

(١) انظر عكس ذلك سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٧٩ .

(٢) فإذا طرح الإقرار كله وأراد أن يثبت القرض ، كان له أن يعتبر الإقرار المطرح مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٧٦ ص ٢١٠–٢١ يونيه سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٨٣ ص ٢٢٠ — ٩ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧ — وانظر آنفاً فقرة ٧١٩ في الهامش) . أما إذا استبقى القرض ثابتا بالإقرار ، وأراد أن يثبت أن التجديد أو الإبراء أو الوفاء لا صحة له ، فلا يجوز فيما يزيد على عشرة جنيهات أن يثبت ذلك إلا بالكتابة (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١ ص١٠١) .

وواقعة مرتبطة بها . وحكم هذا الإقرار أنه لا يتجزأ على صاحبه كما رأينا . والمشترك في هذه الأحوال الثلاث أن الواقعة المرتبطة تستلزم حتماً وجود الواقعة الأصلية . فالوفاء بالدين يستلزم حتماً وجود الدين قبل ذلك . وكذلك تجديد الدين والإبراء منه كل منهما يستلزم حتماً سبق وجود دين حصل فيه التجديد أو وقع فيه الإبراء . ومن ثم لا يمكن للواقعتين . الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة بها . أن تنفك إحداهما عن الأخرى . فهما متلازمتان ولا تصح فيهما التجزئة . أما إذا كانت الواقعة المرتبطة لا تستلزم حتماً وجود الواقعة الأصلية . كما إذا أقر المدين بالقرض مع وقوع المقاصة فيه بدين آخر . فظاهر أنه لا تلازم بين الواقعتين . إذ أن دين القرض منفصل عن الدين الذي يدعى المدين وقوع المقاصة به . ووجود أحدهما لا يستلزم حتماً وجود الآخر . ومن ثم كان الفصل بينهما ممكناً ، وصحت التجزئة في الإقرار . فإذا أقر المدين بالقرض ولكنه قال إنه سقط بالمقاصة ، كان للدائن في هذه الحالة أن يجزئ الإقرار على المدين . فيجعل القرض ثابتاً بالإقرار ، ويلقى على المدين عبء إثبات أن له ديناً في ذمة الدائن كان سبباً في وقوع المقاصة(١) .

الفرع الثانی

اليمين

٧٣٧ — اليمين الحاسمة واليمين المتممة : هناك نوعان من اليمين : (١) اليمين الحاسمة (serment litis-décisoire) وهي يمين يوجهها الخصم إلى خصمه يحتكم فيها إلى ضميره لحسم النزاع (٢) اليمين المتممة (serment supplétoire, supplétif) وهي يمين يوجهها القاضي إلى أي من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التي قدمها هذا الخصم .

---

(١) نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٨ ص ٦٢٥ — استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٢ — أول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٧ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٥ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩ — ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٢ .

ومسألة تجزئة الإقرار من مسائل القانون . فتخضع لرقابة محكمة النقض .

واليمين الحاسمة ، دون اليمين المتممة ، هي التي كان ينبغي أن تدخل وحدها في هذا الباب ، لأنها هي التي تعفى من الإثبات . أما اليمين المتممة فهي طريق تكميلي للإثبات ، ولا تعفى منه . ولكن اشتراك اليمينين في كثير من الأحكام يجعل من المناسب جمعهما في مكان واحد كما قدمنا .

المبحث الأول

اليمين الحاسمة

٧٣٨ – تكييف اليمين الحاسمة : عندما يعوز الخصم الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعواه ، ولا يقر له خصمه بما يدعيه ، لا يبقى أمامه إلا طريق واحد هو أن يحتكم إلى ضمير هذا الخصم فيوجه إليه اليمين الحاسمة ، ولا يملك من وجهت إليه اليمين إلا أن يقبل هذا الاحتكام . وهذا هو الإسعاف الذي يتقدم به القانون إلى الخصم الذي يعوزه الدليل القانوني . فإن حلف خصمه اليمين فقد أثبت بذلك أن ضميره راض بإنكار صحة الادعاء ، ولما كان هذا الادعاء لا دليل عليه لم يبق بد من رفضه . وإن نكل كان في هذا النكول إقرار ضمني بصحة الادعاء ، فوجب الحكم عليه بموجب هذا الإقرار[1] .

ويتبين من ذلك أن توجيه اليمين الحاسمة هو تصرف قانوني ، إذ هو إرادة الخصم الذي يوجه اليمين في أن يحتكم إلى ضمير خصمه ، ويتم بإرادة منفردة ، إذ هو ينتج أثره بمجرد توجيه اليمين[2] .

---

(١) ولما كان توجيه اليمين هو احتكام إلى ذمة الخصم ، فإن الخصم إن حلف لم يكن هذا معناه أن الواقعة التي حلف عليها هي صحيحة حتما ، بل تعتبر صحيحة نزولا على مقتضى الاحتكام ، وإن نكل كان نكوله بمثابة إقرار يعفى خصمه من الإثبات . ففي حالة الحلف يكون خصمه قد أعفاه من الإثبات ، وفي حالة النكول يكون هو الذي أعفى خصمه . فاليمين هي إذن إعفاء في الحالتين – ولما كان الإقرار هو أيضاً إعفاء من الإثبات ، فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم عن واقعة أقر بها ، والحكم إذ يهدر هذا الإقرار أخذاً بنتيجة اليمين التي حلفها الخصم على خلاف ما أقر به يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٨ ص ٤٥٥) .

(٢) وسنرى أن توجيه اليمين يجوز الرجوع فيه إلى أن يقبل الخصم الذي وجهت إليه اليمين =

ثم إن الحلف ذاته هو واقعة قانونية . لأنه عمل مادى يترتب عليه أثر قانونى هو الحكم برفض دعوى من وجه اليمين . ورد اليمين تصرف قانونى كتوجيه اليمين ، إذ هو أيضاً احتكام إلى ذمة الخصم . والنكول عن اليمين عمل مادى سلبى ، ولكنه ينطوى على تصرف قانونى . إذ النكول يتضمن إقراراً بدعوى من وجه اليمين أو ردها ، فالنكول والإقرار سواء فى التكييف القانونى(١) .

ونتناول اليمين الحاسمة فى مطلبين : (١) توجيه اليمين الحاسمة (٢) الآثار التى تترتب على توجيهها .

المطلب الأول

توجيه اليمين الحاسمة

٧٣٩ — من يوجه اليمين الحاسمة : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ مدنى على ما يأتى : « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها »(٢) .

= أن يحلف . ولكن هذا ليس قبولا لإيجاب . إذ أن الخصم الذى وجهت إليه اليمين لا يملك إلا أن يقبل الحلف أو أن يرد اليمين على وجهها . أى لا يملك إلا قبول الاحتكام إلى ضميره أو أن يحكم هو ضمير الخصم الذى وجه اليمين . ومن ثم لا يكون توجيه اليمين تصرفاً يحتاج إلى قبول . بل القبول هنا هو لجعل حق الخصم فى أن يحلف أو يردها حقاً غير قابل للنقض ، كحق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير عندما يقبل ما اشترط لمصلحته .

ويمكن القول إن توجيه اليمين تصرف شرطى (acte - condition) ، لأن الخصم إنما يعلن إرادته فى أن ينتفع بنظام استقل القانون بتقرير أحكامه ، ولا يستطيع الخصم هذه الأحكام تبديلا . وهناك رأى يذهب إلى تكييف اليمين الحاسمة بأنها صلح . والذى يقطع فى عدم صحة هذا الرأى أن الصلح يقتضى نزول كل من المتصالحين عن جانب من ادعائه ، ومن يوجه اليمين لا ينزل عن شىء دون شىء ، فهو إما أن يخسر كل دعواه أو يقضى له بكل طلباته . فإذا ما خسر دعواه أو كسبها فليس ذلك مترتبا على إرادته ، بل هى النتيجة المحتمة لاحتكامه إلى ضمير خصمه . وضمير الخصم هو الذى حكم : إما بخسارة الدعوى إذا حلف ، أو بكسبها إذا نكل .

(١) أما اليمين المتممة — توجيها وحلفا ونكولا — فسنرى أنها واقعة قانونية . إذ هى عمل مادى محض . وهى طريق من طرق الإثبات التكميلية .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١١٢ — ١١٣ (موافق) — الليبى م ١/٣٩٩ (مقارب) — العراقى م ٧١ ؛ (موافق) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٢٨ — ١/٢٢٩ (موافق) .

ويتبين من هذا النص أن الذى يوجه اليمين الحاسمة هو أى من الخصمين يكون عليه عبء إثبات واقعة قانونية . فيستطيع أن يوجه اليمين إلى خصمه فيما يجب عليه هو أن يثبته . ولما كان توجيه اليمين تصرفاً قانونيا إذ هو تحكيم لضمير الخصم كما قدمنا ، فإنه يجب لصحته ما يجب لصحة التحكيم . ومن ثم يشترط فى توجيه اليمين الأهلية الكاملة ، ويجب أن يكون خاليا من عيوب الإرادة ، ولابد فيه من وكالة خاصة . شأنه فى كل ذلك شأن الإقرار .

والأهلية المطلوبة فى توجيه اليمين هى أهلية التصرف[1] . فيجب أن يكون من يوجه اليمين قد بلغ سن الرشد وألا يكون محجوراً . فالصبى[2] والمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، لا يجوز لأى منهما أن يوجه اليمين إلا بنائب عنه يملك ذلك . والنائب قد يكون الولى ، وهو يملك توجيه اليمين فيما يجوز له التصرف فيه دون إذن المحكمة ، وإلا وجب عليه الحصول على هذا الإذن . وقد يكون النائب هو الوصى أو القيم ، وهذان لا يجوز لهما توجيه اليمين إلا فى الأعمال التى يملكانها وهى أعمال الإدارة ، أما فى أعمال التصرف فلابد من إذن المحكمة .

كما يشترط أن يكون توجيه اليمين غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه . فإذا اعتقد من وجه اليمين أن البينة ممنوعة قانونا فوجه اليمين ثم تبين غلطه بعد ذلك ، كان توجيه اليمين مشوبا بغلط . فإذا كان خصمه هو الذى أوقعه فى هذا الغلط ، كان توجيه اليمين مشوبا بتدليس . وقد يكون توجيه اليمين عن إكراه ويقع على الخصم خارج مجلس القضاء . ولكن لا يعد إكراها أن يجد الخصم نفسه مجرداً من أى دليل فيضطر إلى توجيه اليمين ثم يستجد دليل يحصل عليه . وفى جميع الأحوال التى يكون فيها توجيه اليمين مشوبا بغلط أو تدليس أو إكراه ، يعتبر توجيه اليمين غير صحيح بصفته تصرفاً قانونيا ، ويجوز لمن وجه اليمين أن يبطله ، حتى بعد أن يقبل الخصم الآخر الحلف ، وحتى بعد أن حلف .

---

(١) ولا تلزم أهلية التبرع ، فإن من يوجه اليمين لا يتبرع بحقه ، إذ لا يزال يأمل أن يتحرج خصمه من الحلف حانثا .

(٢) ولكن القاصر الذى بلغ الثمانية عشرة يستطيع توجيه اليمين فيما يملكه من أعمال الإدارة ، كالتأجير لمدة سنة واحدة .

ويشترط كذلك فيمن يوكل لتوجيه اليمين أن تصدر له وكالة خاصة ذلك . فلا تكفى الوكالة العامة . ومن ثم لا يصح توجيه اليمين من محام ما لم يكن التوكيل الصادر إليه منصوصاً فيه على تفويضه فى توجيه اليمين (١) .

وللقاضى رقابة على الخصم فى توجيه اليمين ؛ فإذا رأى أنها كيدية وأن الخصم متعسف فى توجيهها ، منعه من أن يوجه اليمين (٢) . فيمنع القاضى من توجيه اليمين للتعسف إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها غير محتملة الصدق ، أو كذبتها مستندات الدعوى . أو كانت غير منتجة (٣) . أو كانت خالية من الدليل ولكن الخصم وجه اليمين مستغلا فى ذلك ورع خصمه وتحرجه من الحلف . أما إذا كانت الواقعة ثابتة دون حاجة إلى الحلف . فالذى يتعسف هو الخصم الآخر الذى عليه الحق إذا وجه اليمين إلى المدعى فى هذه الواقعة الثابتة ليحلف أن له الحق الذى يدعيه . فلا يقبل القاضى فى هذه الحالة توجيه هذه اليمين لأنه يستطيع الحكم بثبوت الحق المدعى به بموجب الأدلة المقامة دون حاجة إلى تحليف المدعى أية يمين (٤) .

---

(١) ولكن لا يشترط تعيين محل توجيه اليمين على التخصيص . فيصح التوكيل فى توجيه اليمين فى خصومة معينة دون تحديد ادعاء معين بالذات .

(٢) وقد كان القضاء يجرى على ذلك فى عهد التقنين المدنى السابق دون نص صريح فى هذا المعنى (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٨ ص ١٨٦ — ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٦ ص ١٩٢ — ٧ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٠٥ ص ٧٥٠ — استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٧ ص ١٩ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٤٥ ص ٥١١ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٢٨ ص ٦٨٤ — ١١ مارس سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٣٦ ص ٥٧ — استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٦٩ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٢ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٢ — أول مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨٥ — ٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٠ — ١٢ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٧٩ .

ثم جاء التقنين المدنى الجديد ، كما رأينا ، بنص صريح فى هذا المعنى فى الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ مدنى .

(٣) ولا تكون اليمين منتجة فى دعوى مرفوعة على ناظر الوقف ، إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها إنما تحقق — إذا صحت — مسئوليته الشخصية لا مسئوليته كناظر وقف (نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٥ ص ٩٨٢) .

(٤) ورفض طلب توجيه اليمين الحاسمة ، واوضمنيا ، لا يمنع من التمسك بالطلب أمام محكمة الاستئناف (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٨ ص ٤٥٥).

٧٤٠ – لمن توجه اليمين الحاسمة : وتوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر الذى له حق المطالبة بالإثبات . وتوجيه اليمين إليه يقلب موقفه . فبعد أن كان غير مكلف بشيء وماعليه إلا أن ينتظر من خصمه تقديم الدليل على دعواه فإن لم يقدم هذا الدليل خرج هو منتصراً دون أن يقوم بعمل ، إذا به بعد أن وجهت إليه اليمين يرى نفسه مضطراً إلى قبول احتكام خصمه إلى ضميره ، إذا لم يختر هو بدوره أن يحتكم إلى ضمير خصمه برد اليمين عليه .

ولا يجوز توجيه اليمين إلا إلى خصم أصلى فى الدعوى . فلا توجه اليمين إلى الوكيل إذا كانت الواقعة المراد إثباتها منسوبة إلى الأصيل[١] . ولا إلى الدائن الذى يرفع الدعوى باسم مدينه بل يجب توجيه اليمين إلى المدين المرفوع باسمه الدعوى بعد إدخاله خصما فيها . ولا إلى شريك انسحب من الشركة فلم يعد خصما[٢]. وإذا كان الخصم شخصاً معنويا ، وجهت اليمين إلى من يمثله[٣] .

ويجب فيمن توجه إليه اليمين أن تتوافر فيه أهلية التصرف فى الحق الذى توجه إليه فيه اليمين[٤] . ذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون قادرا على

---

(١) استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥٢ – ٢٧ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥٣ .

(٢) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٠ – ولا توجه اليمين إلى الغير مع إدخاله خصيصا فى الخصومة لحلف اليمين (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٨٠ – ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨) – وإذا ادعى المشترى أن الشفيع إنما يستعمل الشفعة لرد العين المبيعة إلى البائع ، فاليمين توجه إلى الشفيع لا إلى البائع ، لأن الحكم لن يقضى للبائع ولن يقضى إلا للشفيع أو للمشترى (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٣) – وإذا ادعى الشفيع صورية الثمن ، لم يجز له توجيه اليمين الحاسمة فى ذلك إلى البائع والمشترى معاً ، بل يجب أن يوجهها أولا إلى المشترى . فإن حلفها كان هذا كافيا لرفض الادعاء بالصورية دون حاجة إلى تحليف البائع . وإذا نكل المشترى وجب توجيهها للبائع . فإن حلف لم تثبت الصورية لأنها لا تثبت من الجانبين . أما إن نكل فقد ثبتت الصورية كاملة (جرجا ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٥٦ ص ٤٤٩) – ولا توجه اليمين إلى أحد الورثة مع حفظ الحق بالنسبة إلى الباقى (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٥) . وإذا وجهت إلى جميع الورثة وحلف بعض دون بعض فلا يفيد حلف البعض أمام نكول الآخرين (استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٤) .

(٣) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٨ .

(٤) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٩ – أول يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٥ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٤٩ .

الخيار ما بين الحلف والرد والنكول . ورد اليمين كتوجيهها تشترط فيه أهلية التصرف . والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق . ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين إلى صبي إلا فيما يملك من أعمال الإدارة . ولا إلى محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه . ولا يجوز توجيهها إلى النائب عن هؤلاء ، كوصي أو قيم . إلا عن أعمال صدرت منه شخصيا[1] أو عن أعمال الإدارة التي يملكها[2] . أما الولي فيجوز توجيه اليمين إليه فيما يملك التصرف فيه دون إذن المحكمة[3] .

ولا يجوز التوكيل أصلا في حلف اليمين . لأن النيابة تجري في الاستحلاف ولا تجري في الحلف .

٧٤١ — متى توجه اليمين الحاسمة : تنص الفقرة الثانية من المادة ٤١١ مدني على ما يأتي : « ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى[4] .

ويتبين من هذا النص أنه يمكن توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى . إلى أن يصدر حكم نهائي[5] . فيمكن الالتجاء إلى اليمين الحاسمة بعد تقديم أوجه إثبات أخرى . بل يجوز بعد إقفال باب المرافعة طلب

---

(١) كما إذا وجهت إليه اليمين في قبض الدين الذي لمحجوره .

(٢) استئناف مصر ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٧٩ ص ١٥٨ — استئناف أسيوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٥ ص ٥٥٥ — المحكمة العليا الشرعية ٥ سبتمبر سنة ١٩١٨ المحاماة ٨ رقم ٢٠١ ص ٢٤٧ — أما أعمال التصرف التي لا يجوز للوصي مباشرتها دون إذن . فلا يجوز توجيه اليمين فيها إليه (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٨ ص ٤٥٥) .

(٣) ويجب أن تتوافر أهلية المتصرف فيمن توجه إليه اليمين وقت الحلف لا وقت توجيه اليمين . فإذا كان أهلا وقت توجيه اليمين ثم حجر عليه قبل الحلف أو أفلس لم يجز له أن يحلف (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٦) .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١١٤/٢ (موافق) — الليبي م ٤٠٠/٢ (مطابق) — العراقي م ٤٧٢ (موافق) — أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣١ (موافق) .

(٥) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٨ — ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٠ .

إعادة فتحه وتوجيه اليمين الحاسمة[١] . ويجوز توجيه اليمين الحاسمة لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية . فى أية حالة كانت عليها الدعوى على الوجه المتقدم الذكر [٢] . ولكن لايجوز توجيهها لأول مرة أمام محكمة النقض .

ولايجوز أن يوجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه . ويقول إنه يوجهها ابتداء حتى إذا حلفها الخصم فإنه يحتفظ لنفسه بالحق فى تقديم أدلة أخرى . فإنه متى حلف الخصم اليمين خسر من وجهها إليه دعواه . ولايسمح له بالرجوع إلى هذه الدعوى على أية صورة كما سنرى . بل إن مجرد قبول الخصم لحلف اليمين الموجهة إليه تمنع من وجه اليمين من الرجوع فى توجيهها . ومن ثم تمنعه من التقدم بأدلة أخرى . ولكن يجوز أن يقدم الخصم أدلته . فإذا رأى أن القاضى لم يقتنع بها نزل عنها واقتصر على توجيه اليمين إلى خصمه كما قدمنا . بل يجوز أن يقدم الخصم أدلته . ويقول إنه على سبيل الاحتياط وفى حالة ما إذا لم يقتنع القاضى بهذه الأدلة يوجه اليمين إلى خصمه[٣] . وهو فى هذه الحالة إنما يوجه اليمين توجيها معلقاً على شرط عدم اقتناع القاضى بالأدلة المقدمة[٤] . فى حين

---

(١) ولكن لايجوز للخصم توجيهها بعد أن يكون قد قبل من خصمه الإثبات بالبينة (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨) .

(٢) استئناف وطنى ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ١٠ ص ١ – استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٣ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦ .

(٣) والخصم قد يجد نفسه فى حاجة إلى هذا الاحتياط . فقد يكون الحكم الذى يوشك أن يصدر فى دعواه حكما نهائيا . فيخشى . إن هو ترك القاضى يفصل فى الدعوى بالأدلة المقامة . أن يصدر حكم نهائى برفضها . فلايستطيع بعد ذلك أن يوجه اليمين الحاسمة .

(٤) وكان القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق يحرم على الخصم أن يوجه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط . فقد كانت المادة ٢٢٥/٢٩٠ من هذا التقنين تقضى بأن التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من أوجه الثبوت . وكانت المادة ١٦٦/١٨٧ من تقنين المرافعات السابق تقضى بأنه لا يجوز التكليف من باب الاحتياط باليمين الحاسمة . لأن التكليف بتلك اليمين يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت للمادة المراد الاستحلاف عليها (استئناف وطنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٥ ص ١٧٠ – استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٥ – ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ – ١٦ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٠) – ولكن شاءت صدفة طيبة أن طلع تقنين المرافعات الجديد دون أن يشتمل على نص مماثل للمادة ١٦٦/١٨٧ مرافعات سابق بحجة أن هذا النص يقرر حكما موضوعيا محله القانون المدنى . وطلع التقنين المدنى الجديد خاليا هو أيضاً من هذا النص ومن النص الآخر الذى كان يشتمل عليه التقنين المدنى السابق (م ٢٢٥/٢٩٠). فالنص الذى كان القضاء يستند إليه فى تحريم توجيه اليمين على سبيل الاحتياط هو الآن غير موجود فى التشريع المصرى .

أنه فى الحالة السابقة ينزل عن الأدلة المقدمة ويوجه اليمين توجيهاً غير معلق على شرط . ولكن توجيه اليمين الحاسمة فى كلتا الحالتين جائز كما سبق القول .

٧٤٢ - موضوع اليمين الحاسمة : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤١١ مدنى على ما يأتى : « لايجوز توجيه اليمين الحاسمة فى واقعة مخالفة للنظام العام ، ويجب أن تكون الواقعة التى تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية انصبت اليمين على مجرد علمه بها »[1] .

فموضوع اليمين الحاسمة هو واقعة قانونية محددة[2] . ويجب على من يوجه اليمين أن يضع صيغتها . فإذا رأى القاضى أن الصيغة يعوزها الوضوح أو الدقة ، كان له أن يعدل فيها حتى تتحدد الواقعة المطلوب الحلف عليها (م ١٧٥ — ١٧٦ مرافعات) . وفى هذه الحالة لاتوجه اليمين إلا بعد أن يوافق الخصم الذى وضع الصيغة الأولى على التعديل ، فقد لايرضى بتوجيه اليمين معدلة وتوجيه اليمين تحكيم من جانب الخصم لا من جانب القاضى .

ويصح توجيه اليمين فى أية واقعة قانونية أياً كانت قيمتها . حتى لوجاوزت هذه القيمة نصاب البينة وليس عند المدعى كتابة تثبت مدعاه .

ويجب أن تكون الواقعة غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب . ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين فى هبة عقار لم تكتب فى ورقة رسمية لأن هذا يخالف القانون ، ولا فى النسب أو الجنسية لأن هذا يخالف النظام العام ، ولا فى إيجار منزل للعهارة أو للمقامرة لأن هذا يخالف الآداب[3] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٤٤ (موافق) — الليبى م ٤٠٠/١ (مطابق) — العراقى م ٤٧٢ وم ٤٧٩ (موافق) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢/٢٢٩ وم ٢٣١ (موافق) .

(٢) فلا توجه اليمين الحاسمة فى مسألة من مسائل القانون ، ذلك أن استخلاص حكم القانون هو من شأن القاضى وحده لا من شأن الخصوم .

(٣) ولكن إذا وجهت اليمين من الشخص الذى كان ضحية الواقعة غير المشروعة لإثبات هذه الواقعة وترتيب حكم القانون عليها ، فإن هذا يجوز . فيصح للمقترض أن يوجه اليمين إلى المقرض ليحلف على أن مبلغ القرض الذى يطالب به لا يشتمل على فوائد ربوية فاحشة ، ويصح للمدين بسند أن يوجه اليمين إلى الدائن ليحلف على أن سبب الدين ليس سببا غير مشروع كمقامرة أو رهان .

ولا توجه اليمين إلا فى واقعة حاسمة فى الدعوى[١] ، فلا يجوز توجيهها بالنسبة إلى الطلبات الأصلية مع احتفاظ المدعى بالحق إذا حلف المدعى عليه فى تقديم طلبات احتياطية . ولايجوز توجيهها من المقترض إلى المقرض فى أن القرض لا يشتمل على فوائد ربوية إذا كان المقترض يطلب الحكم برفض الدعوى أصلا لأن القرض لم يتم[٢] .

ويجب أخيراً أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من توجه إليه اليمين[٣] : فلايجوز أن توجه لخصم عن وقائع لاتتصل بشخصه إلا إذا أريد تحليفه على عدم علمه بهذه الوقائع . فلا توجه اليمين إلى وارث على أن مورثه غير مدين بالحق المدعى عليه به ، ولكن يجوز أن يطلب من الوارث أن يحلف على أنه لا يعلم أن مورثه مدين بهذا الحق وهذا هو غاية مايستطيع أن يحلف عليه[٤]. وفى هذه الحالة إنما يحلف الخصم على عدم العلم لا على البتات ، لأنه يحلف على فعل غيره لا على فعل نفسه . ولذلك سميت هذه اليمين بيمين عدم العلم (serment de crédulité, de crédébilité) . وهى غير يمين الاستيثاق (serment libératoire) التى سنرد ذكرها فى اليمين المتممة . وإن كان يقع الخلط بينهما كثيراً ، فيمين عدم العلم يمين حاسمة ويمين الاستيثاق الراجح فيها

---

(١) استئناف مصر ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٧٤ ص ١٥٣ — ٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١ ص ٣٩ — استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥— ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤١ — ٢٠ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٨٣ .

(٢) ومن باب أولى لا يصح توجيه اليمين فى واقعة لا تدخل فى نطاق الدعوى . مثل ذلك أن ينكر المدعى عليه أنه اقترض المبلغ الذى يطالب به المدعى . فلايجوز توجيه اليمين من المدعى إلى المدعى عليه أنه وفى بهذا المبلغ . مادام المدعى عليه يقول إنه غير مدين أصلا . فلم تدخل واقعة الوفاء فى نطاق ما يدفع به دعوى المدعى .

(٣) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ — ١٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٤ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٤ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نازع الخصم فى اليمين الموجهة إليه بأن الواقعة المنطبق عليها اليمين لا تتعلق بشخصه ، فإنه يتعين على المحكمة أن تفصل فى منازعته وأن توجه إليه اليمين على مقتضى ما تنتهى اليه ، وأن تحدد له جلسة لحلفها إذا رأت توجيهها إليه ، ولا يجوز اعتباره ناكلا قبل الفصل فى هذه المنازعة (نقض مدنى ٩ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٠٧ ص ٦٥٨) .

(٤) استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٢١م ٣٣ ص ٢٥١ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤ .

أنها يمين متممة[١] . وسيأتى بيان ذلك[٢] .

٧٤٣ — متى يجوز الرجوع فى توجيه اليمين الحاسمة : تنص المادة ٤١٢ مدنى على ما يأتى : « لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع فى ذلك متى قبل خصمه أن يحلف »[٣] . وتنص المادة ١٧٧ مرافعات على أنه « إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا فى جوازها ولا فى تعلقها بالدعوى ، وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه ، وإلا اعتبر ناكلا . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعادا للحلف إذا رأت لذلك وجها . فإن لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر بالحضور لحلفها بالصيغة التى أعدتها المحكمة وفى اليوم الذى حددته . فإن حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلا كذلك » . وتنص المادة ١٧٨ مرافعات على أنه « إذا نازع من وجهت إليه اليمين فى جوازها أو فى تعلقها بالدعوى ، ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه ، بينت فى منطوق حكمها صيغة اليمين . ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه . ويتبع ما نص عليه فى المادة السابقة » .

ويتبين من نصوص تقنين المرافعات أن اليمين الحاسمة متى وجهت إلى الخصم ، فله أن ينازع فى جوازها أو فى تعلقها بالدعوى . فإن لم ينازع ، أو نازع ورفضت المحكمة منازعته ، حكمت بتحليفه ، وبينت فى منطوق حكمها صيغة اليمين . وقد كان من المعقول ، وقد صدر الحكم بالتحليف ، أن يصبح ممتنعاً على الخصم الذى وجه اليمين أن يرجع فى توجيهها من الوقت الذى يعلم فيه الخصم الذى وجهت إليه اليمين بصدور الحكم بتحليفه . ولكن نصا صريحاً فى التقنين المدنى يقضى ، كما رأينا ، بأن « الخصم الذى وجه اليمين أو ردها لا يجوز له أن يرجع فى ذلك متى أعلن خصمه أنه مستعد لحلف اليمين » . فيجوز الرجوع إذن فى توجيه اليمين حتى بعد صدور الحكم بتحليف اليمين وحتى بعد إعلانه للخصم . ولا يسقط حق الرجوع إلا إذا أعلن الخصم الذى وجهت إليه اليمين

---

(١) استئناف أسيوط ١٠ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٣٠٢ ص ٦٢٥ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٧٥٢ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٦٦/٢ (مطابق) — الليبى م ٤٠١ (مطابق) — العراقى م ٤٧٦ (مطابق) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى ٢٣٥ (موافق) .

أنه مستعد للحلف. فإن لم يعلن هذا الاستعداد. بقي حق الرجوع قائماً حتى يحلف اليمين فعلا. ولا يشترط في الرجوع شكل خاص. بل إن استئناف الحكم بتوجيه اليمين أو برده يعتبر رجوعاً في التوجيه أو في الرد. وللخصم الذي رجع في توجيه اليمين أن يلجأ إلى طرق أخرى لإثبات دعواه. بل يجوز له أن يعود ثانية إلى توجيه اليمين ما لم يكن قد نزل نهائياً عن توجيهها وقبل منه الخصم هذا النزول[1].

فإذا ما أعلن الخصم الذي وجهت إليه اليمين أو ردت عليه أنه مستعد للحلف امتنع على الخصم الذي وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك. فإن رجع رفضت دعواه. لأنه ترك بتوجيه اليمين أو بردها ما عداها من طرق الإثبات[2]. وذلك كله ما لم يكن توجيه اليمين أو ردها قد شابه غلط أو تدليس أو إكراه.

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على توجيه اليمين الحاسمة

٧٤٤ — مسائل أربع: إذا وجهت اليمين الحاسمة إلى الخصم، لم يسع هذا الخصم إلا أحد أمرين: إما أن يحلف اليمين. أو يردها على من وجهها. فإذا لم يحلف اليمين أو يردها، عد ناكلا وخسر الدعوى[3]. فتوجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم يترتب عليه حتماً من جانب هذا الخصم أحد مواقف ثلاثة: إما أن يحلف اليمين. أو يردها على خصمه. أو يمتنع عن الحلف والرد فيعد ناكلا. ثم إن لحلف اليمين أو النكول عنها حجية حددها القانون. فهذه مسائل أربع نتكلم فيها على التعاقب.

٧٤٥ — حلف الخصم لليمين الحاسمة: يجب على الخصم الذي وجهت

---

(١) أما إذا رجع من رد اليمين في هذا الرد. فإن رده لليمين يعتبر كأن لم يكن، وتعود اليمين موجهة إليه هو. وتعين عليه أن يحلف وإلا عد ناكلا.

(٢) استئناف وطني ١٦ يونيه سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٢٤ — وامتنع عليه كذلك أن يطلب تعديل اليمين (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢١).

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الذي يوجه اليمين يجب أن يقضي برفض أو قبول الدعوى في حالة الحلف أو عدم الحلف. فهو حكم معلق على شرط في كل من الشقين (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٠ — ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٣).

إليه اليمين الحاسمة . ولم يردها على خصمه . أن يؤدى اليمين بنفسه لأن خصمه قد احتكم إلى ضميره . فلا يصح أن يوكل غيره في الحلف (م ١٨٣ مرافعات). وتأدية اليمين تكون بأن يقول الخصم «أحلف» ثم يذكر صيغة اليمين التي أقرتها المحكمة(١) . فإذا كان دين الخصم يفرض أوضاعا مقررة فى الحلف جاز للخصم أن يطلب تأدية اليمين وفقاً لهذه الأوضاع (م ١٨٠–١٨١ مرافعات) . ويعتبر فى حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة . فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها (م ١٨٢ مرافعات)(٢) . ويحرر محضر بحلف اليمين . يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والكاتب (م ١٨٤ مرافعات) .

فإذا حلف الخصم اليمين . انحسم النزاع نهائيا وخسر الخصم الذى وجه اليمين دعواه . ولا يجوز لهذا الخصم أن يعود إلى مخاصمة من حلف اليمين مرة أخرى فى نفس موضوع الحق ليثبت كذب اليمين(٣) . كما لا يجوز أن يقدم أى وجه آخر للإثبات . وقد كانت المادة ٢٢٥/٢٩٠ من التقنين المدنى السابق تنص على أن «التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الثبوت» . وكان الفقه والقضاء فى مصر(٤) . فى ظل هذا النص من التقنين المدنى السابق . لا يجيزان للمدعى . إذا ثبت أن خصمه حلف كذبا . أن يطالب بالتعويض . وكل ما يستطيعه هو أن يبلغ النيابة العامة عن وقوع جريمة حلف يمين كاذبة(٥) . وأن يقدم للنيابة أدلة الإثبات على كذب اليمين بعد أن يكون

(١) وجرى العمل على أن يقسم الحالف «بالله العظيم» .

(٢) وإذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور . انتقلت المحكمة أو انتدبت أحد قضاتها لتحليفه (م ١٧٩ مرافعات) .

(٣) ولكن هذا لا يمنع من الطعن فى الحكم الذى صدر بتحليف اليمين بوجوه تتعلق بصحة توجيه اليمين وبصحة الحلف وبغير ذلك مما يتعلق باليمين ذاتها وما يسرى عليها من أحكام . مثل ذلك أن يتمسك بنقص أهليته أو بعيب من عيوب الإرادة . وفى هذه الحالة يلغى الحكم بتوجيه اليمين ويترتب على ذلك بطلان الحلف .

(٤) عبد السلام ذهنى فى الأدلة ٢ ص ١٤ – ص ٣٤ – أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٥٥٧ – دى هلتس ٤ فقرة ٤٣ ص ١٧٨ – أحمد أمين فى شرح قانون العقوبات ص ٥١٥ – دائرة النقض الجنائية ١٣ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٦٩ – ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٦ – نقض جنائى ٣ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ١١٤ ص ١١٥ .

(٥) إذ تنص المادة ٣٠١ من قانون العقوبات على أن «من ألزم باليمين أو ردت عليه فى مواد مدنية ، وحلف كذبا . يحكم عليه بالحبس . ويجوز أن تزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى» .

قد عثر عليها[١] . والنيابة العامة هى التى ترفع الدعوى الجنائية إذا رأت وجهاً لذلك . أما الخصم الذى وجه اليمين فلا يجوز له أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة . بل ولا أن يدخل مدعيا مدنيا فى الدعوى الجنائية التى ترفعها النيابة. وحتى إذا صدر الحكم الجنائى بالإدانة . لم يكن يجوز للخصم الذى وجه اليمين أن يستند إلى هذا الحكم ليطعن فى الحكم المدنى الذى صدر ضده بعد الحلف . أو أن يرفع دعوى جديدة بحقه بعد أن ثبت كذب اليمين التى حلفها خصمه . بل لم يكن له أن يرفع دعوى تعويض مدنية عن هذه اليمين الكاذبة[٢] .

وقد جاء التقنين المدنى الجديد يصلح من تطرف هذا الرأى . فقد نصت المادة ٤١٣ من هذا التقنين على أنه « لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذى وجهت إليه أو ردت عليه . على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى . فإن الخصم الذى أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض . دون إخلال بما قد يكون له من حق فى الطعن على الحكم الذى صدر ضده »[٣]. فيجوز إذن للخصم الذى وجه اليمين أن يبلغ النيابة العامة أن خصمه حلف اليمين كاذبا . كما كان يستطيع ذلك فى الماضى . ويجوز له فوق ذلك — وهذا ما لم يكن يستطيعه فى الماضى — إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى . أن يرفع دعوى مدنية مبتدأة بالتعويض أمام المحاكم المدنية بعد صدور الحكم الجنائى . ولكن يبدو من ظاهر النص أنه لا يستطيع . قبل ثبوت كذب اليمين بحكم جنائى . أن يدعى مدنيا فى الدعوى الجنائية التى ترفعها النيابة العامة . ولا يستطيع كذلك من باب أولى أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة . وعليه أن يتربص حتى يصدر حكم جنائى نهائى بكذب اليمين . ويرفع بعد ذلك دعوى التعويض أمام المحاكم المدنية . ولا يفتح له صدور الحكم الجنائى بكذب اليمين بابا جديداً للطعن فى الحكم المدنى الذى صدر ضده

---

(١) بشرط ألا تكون هذه الأدلة هى البينة أو القرائن إذا كانت قيمة المحلوف عليه تزيد على عشرة جنيهات .

(٢) وهذا بالرغم من أن دعوى التعويض هذه هى غير دعواه الأولى التى خسرها ، وكان ينبغى ألا يصطدم قبول سماع دعوى التعويض بحجية الأمر المقضى فى الدعوى الأولى لاختلاف المحل والسبب .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٢٠ (موافق) — الليبى ٤٠٢ (مطابق) — العراقى م ٤٨١ (موافق) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٣٤ (موافق).

بعد حلف هذه اليمين . ولكن إذا كشف الحكم الجنائى عن وجه من وجوه التماس إعادة النظر فى هذا الحكم المدنى[1] ، فإنه يجوز للخصم الذى وجه اليمين أن يلتمس إعادة النظر إذا كان ميعاد الالتماس لم ينقض . بل له كذلك أن يستأنف الحكم المدنى إذا كان حكما ابتدائيا ولم ينقض ميعاد الاستئناف . وهذا مانصت عليه صراحة العبارة الأخيرة من المادة ٤١٣ مدنى جديد فهى تقول « دون إخلال بما قد يكون له من حق فى الطعن على الحكم الذى صدر ضده » .

٧٤٦ — رد الخصم لليمين الحاسمة على خصمه : تنص الفقرة الثانية من المادة ٤١٠ مدنى على ما يأتى : « ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه . على أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان . بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين »[2] .

ويتبين من هذا النص أن من وجهت إليه اليمين يجوز له ردها على خصمه . وذلك إذا لم يرد الحلف[3] . ويشترط فى رد اليمين ما يشترط فى توجيهها . إذ رد اليمين كتوجيهها تصرف قانونى بإرادة منفردة . فيشترط فى الرد إذن كمال أهلية التصرف . والخلو من عيوب الإرادة . وصدور توكيل خاص إذا فوض الخصم غيره فى الرد . ويصبح الرد غير قابل للرجوع فيه بمجرد قبول الخصم الذى ردت عليه اليمين أن يحلف . وذلك كما فى توجيه اليمين . ويشترط أيضاً

---

(١) كأن أثبت أن الخصم الذى حلف اليمين الكاذبة قد وقع منه غش كان من شأنه التأثير فى الحكم المدنى (م ١١ : أولا مرافعات) . أوكان سبباً فى الحصول على أوراق قاطعة فى الدعوى كان الخصم الذى حلف اليمين الكاذبة قد حال دون تقديمها (م٤١٧ رابعا مرافعات) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١/١١٦ (موافق) — الليبى م ٢/٣٩٩ (مطابق) — العراقى م ٧٥ : (مطابق) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٣٣ (موافق) .

(٣) فمن وجهت إليه اليمين يلتزم إذن التزاما أصليا بحلفها . والتزاما بدليا برده على خصمه . ويترتب على أن الالتزام بالرد هو التزام بدلى لا التزام تخييرى أنه إذا وجهت اليمين إلى الخصم فأصبح ملتزما بالحلف أصلا وبالرد بدلا . ثم استحال عليه تنفيذ الالتزام الأصلى وهو الحلف . بأن مات أو أفلس أو حجر عليه . فلا يصار إلى الالتزام البدلى وهو رد اليمين . بل يسقط الالتزامان معاً — الحلف والرد — وتعود الحالة بين من وجه اليمين وورثة من وجهت إليه إلى ما كانت عليه قبل توجيه اليمين . ولو كان الالتزام بالرد التزاما تخييريا واستحال تنفيذ الالتزام الأصلى وهو الحلف ، لوجب تنفيذ الالتزام التخييرى ولاعتبرت اليمين مردودة على الخصم الذى وجهها .

أن يكون الرد واقعا على نفس اليمين التي وجهت . فيجب إذن أن يكون فى واقعة قانونية محددة غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب وحاسمة فى الدعوى . ويشترط . فوق ذلك . أن يكون الرد فى واقعة يشترك فيها الخصمان . فلا يجوز فى واقعة يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين . فإذا وجه الشفيع اليمين للمشترى فى خصوص مقدار ثمن المبيع . لم يجز للمشترى أن يرد اليمين على الشفيع . لأن هذا أجنبي عن الاتفاق الخاص بالثمن فلا يمكنه التأكد من حقيقته مقداره[1].

ومتى ردت اليمين ، أصبحت موجهة إلى من كان قد وجهها أول مرة ، فينقلب الموقف ويصبح هذا هو الملتزم بالحلف. ثم لايجوز له رد اليمين ثانية على من ردها عليه .وإلا لدرنا فى حلقة مفرغة وأجزنا الرد إلى ما لانهاية[2]. فإن حلف من ردت عليه اليمين كسب الدعوى . وإن لم يحلف عد ناكلا وخسر دعواه . ويجرى فى كيفية الحلف وفيما يترتب من الأثر على الحلف والنكول ، فى حالة الرد ، ما يجرى فى حالة توجيه اليمين .

٧٤٧ — النكول عن اليمين الحاسمة : تنص المادة ٤١٤ مدنى على ما يأتى : « كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه ، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها ، خسر دعواه »[3].

ويتبين من هذا النص أن النكول إما أن يقع ممن وجهت إليه اليمين ابتداء

---

(١) جرجا ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٥٦ ص ٤٤٩ .

(٢) على أنه إذا عدلت اليمين عند ردها ، كان الرد توجيها ليمين جديدة يجوز ردها ثانية . مثل ذلك أن يوجه المدعى اليمين إلى المدعى عليه على أنه ليس فى ذمته الدين المدعى به ، فيرد المدعى عليه اليمين معدلا ، وبدلا من أن يطلب من المدعى أن يحلف هو على أن الدين فى ذمة المدعى عليه ، يطلب منه الحلف على أنه لم تقع مقاصة بين الدين المدعى به وحق يقابله للمدعى عليه فى ذمة المدعى. فإذا رد المدعى عليه اليمين معدلة على هذا النحو ، كان هذا إقراراً منه بأن الدين المدعى به قد قام ابتداء فى ذمته ولكنه انقضى بعد ذلك بالمقاصة . ولما كان هو المطالب بتقديم الدليل على وقوع المقاصة ولا دليل عنده على ذلك ، فهو يوجه يمينا أخرى جديدة إلى المدعى فى خصوص وقوعها . ويجوز عندئذ للمدعى أن يرد اليمين الجديدة على المدعى ليحلف أن له حقا تقع به المقاصة .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١١٩ (مطابق) — الليبى م ٤٠٣ (مطابق) — العراق م ٤٨٠ (موافق) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٣٢ (موافق) .

فلا يردها على خصمه ولا يحلف فيعتبر ناكلا . أو يقع ممن ردت عليه اليمين وقد رأينا أنه لايستطيع ردها فإذا لم يحلفها اعتبر ناكلا .

ويقع النكول بعدم الحلف حين يجب الحلف . فإذا صدر على الخصم الحكم بالتحليف وهو حاضر ، فإن صيغة اليمين تكون مبينة فى منطوق الحكم ، ويجب على الخصم أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه . وإلا اعتبر ناكلا . ويجوز مع ذلك أن تعين المحكمة فى حكمها يوما معينا للحلف . ويعتبر نطقها بالحكم إعلانا للخصوم . وإذا صدر الحكم بالتحليف فى غيبة المكلف بالحلف ، وجب تكليفه بالحضور على يد محضر لحلف اليمين بالصيغة التى أقرتها المحكمة وفى اليوم الذى حددته . فإن حضر وامتنع عن الحلف والرد دون أن ينازع اعتبر ناكلا . وإن تغيب ، فإن كان تغيبه بعذر شرعى حددت المحكمة جلسة أخرى للحلف ، وإلا اعتبر تغيبه دون عذر شرعى نكولا[1].

والنكول يكون بمثابة إقرار كما قدمنا ، وتكييفه هو تكييف الإقرار . فإذا نكل الخصم على الوجه المتقدم ذكره ، حكم عليه عقب نكوله . فإن كان من نكل هو من وجهت إليه اليمين كسب من وجه اليمين دعواه ، وإن كانت اليمين قد ردت على الخصم الذى وجهها ونكل هذا خسر دعواه . ويكون الحكم على من نكل مانعا بعد ذلك للمحكوم عليه أن يثبت صحة الواقعة التى نكل فيها .

٧٤٨ — حجية اليمين الحاسمة : اليمين الحاسمة كالإقرار حجيتها قاصرة ، سواء فى ذلك عند الحلف أو عند النكول .

فمن وجه اليمين واحتكم بذلك إلى ذمة خصمه ، كان أثر الاحتكام قاصراً عليه هو وورثته ودائنيه[2] . فلا يتعدى إلى الشريك ، فلو وجه أحد الشركاء فى الشيوع اليمين إلى مدعى استحقاق الملك الشائع وحلف هذا ، كانت اليمين

---

(١) انظر المادتين ١٧٧ — ١٧٨ مرافعات — وانظر نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٣ ص ٦٢٢ .

(٢) ولكن يجوز أن يكون توجيه اليمين صوريا نتيجة لتواطؤ الخصمين ، فيخفى أحدهما الأدلة التى يملكها ويقتصر على توجيه اليمين إلى الخصم الآخر ، فيحلفها هذا ، فيخسر الخصم الأول دعواه ويضر بذلك دائنيه وورثته وغيرهم ممن لهم مصلحة . ويجوز لهؤلاء التدخل فى الدعوى قبل صدور الحكم لمنع الإضرار بحقوقهم ، وإذا صدر الحكم جاز لهم أن يعارضوا فيه عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة .

حجة على الشريك الذى وجه اليمين دون غيره من الشركاء . ولو وجه أحد الورثة اليمين إلى دائن التركة وحلف ، كانت اليمين حجة على الوارث الذى وجه اليمين دون غيره من الورثة . ولو وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين إلى الدائن وحلف كانت اليمين حجة على المدين الذى وجه اليمين دون غيره من المدينين (م ٢/٢٩٥ مدنى)[١] .

وحجية اليمين ، عند النكول ، قاصرة قصورها عند الحلف . فمن نكل من الشركاء فى الشيوع كان نكوله حجة عليه وحده . وكذلك من نكل من الورثة ، ومن نكل من المدينين المتضامنين[٢] .

المبحث الثانى

اليمين المتممة

٧٤٩ – ماهى اليمين المتممة — تكييفها : اليمين المتممة هى يمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه لأى من الخصمين عندما يرى أن هذا الخصم قدم دليلا غير كاف على دعواه ، ليتم الدليل باليمين ، ومن ثم سميت باليمين المتممة (serment supplétif, supplétoire) . وتختلف اليمين المتممة عن اليمين الحاسمة فى أن الأولى يوجهها القاضى لا الخصم ولا يوجهها إذا كانت الدعوى خالية من أى دليل ، ولا يتحتم عليه أن يأخذ

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حجية اليمين الحاسمة قاصرة على من وجهها ومن وجهت إليه ، ولا يتعدى أثرها إلى غيرهما من الخصوم . وينبنى على ذلك أنه إذا شاب اليمين الموجهة إلى أحد الخصوم بطلان ، فلا يمتد اثر هذا البطلان إلى غيره ممن وجهت إليه اليمين صحيحة ، كما أنه ليس لغير من وجهت اليمين الحاسمة إليه أن ينازع فيها أو يعترض على توجيهها ، وكل ما للغير هو ألا يحاج بأثر هذه اليمين (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٨ ص ٤٥٥) .

(٢) وقد تتعطل القاعدة التى تقضى بقصور حجية اليمين من جراء إعمال قواعد أخرى ، فتتعدى عند ذلك حجية اليمين . من ذلك إعمال القاعدة التى تقضى بأن عمل أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقين . فلو اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من حلفه (م ٢٩٥ مدنى) . ومن ذلك إعمال القاعدة التى تقضى بأن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل . فاليمين التى توجه إلى الأصيل فيحلفها تبرىء ذمة الكفيل .

بما تؤدى إليه . وسنرى بيان ذلك . ثم إن مهمة اليمين المتممة هى لاستكمال أدلة ناقصة ، أما اليمين الحاسمة . فتتقدم وحدها دليلا يستبعد أى دليل آخر.

وتختلف اليمينان أيضاً من ناحية التكييف . فتوجيه اليمين الحاسمة كما رأينا تصرف قانونى بإرادة منفردة . أما توجيه اليمين المتممة فواقعة مادية يلجأ إليها القاضى لاستكمال الأدلة .

ونتكلم فى توجيه اليمين المتممة . وفى الآثار التى تترتب على توجيهها . ونعقب ذلك بالكلام فى صور خاصة لليمين المتممة : يمين الاستيثاق ويمين التقويم .

٧٥٠ — توجيه اليمين المتممة: تنص المادة ٤١٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ — للقاضى أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به . ٢— ويشترط فى توجيه هذه اليمين ألا يكون فى الدعوى دليل كامل . وألا تكون الدعوى خالية من أى دليل »(١) .

ويتبين من هذا النص أن الذى يوجه اليمين المتممة هو القاضى من تلقاء نفسه . ولو طلبها خصم فللقاضى أن يقدر هذا الطلب . فيوجهها أو لا يوجهها. وتوجه اليمين لأى من الخصمين بحسب تقدير القاضى . فإن رأى القاضى أن أحد الخصمين قدم أدلة على ادعائه أرجح من أدلة الخصم الآخر وإن كانت فى ذاتها غير كافية . ورأى إلى جانب ذلك أن هذا الخصم ذا الدليل الراجح أولى بالثقة فيه . وجه إليه هو دون الخصم الآخر اليمين المتممة ليستكمل أدلته بها . وإن رأى الخصمين متكافئين فى كل ماتقدم . فالظاهر أنه يوجه اليمين المتممة إلى المطلوب من الخصمين لا الطالب لأن الأصل براءة الذمة »(٢) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٢١ (موافق) — الليبى م ٤٠٤ (مطابق) — العراقى م ٤٨٢ (مطابق) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٣٧ — ٢٣٨ (موافق) .

(٢) استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦٠ ص ١٠٢٦ — ولا تشترط أهلية خاصة فى الخصم الذى توجه إليه اليمين ، بل تكفى فيه أهلية التقاضى ، لأن اليمين المتممة ليست=

وتوجه اليمين المتممة فى أية حالة كانت عليها الدعوى . ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية . ولكنها لاتوجه إلى خصم إلا لاستكمال أدلته ، فيجب ألا يكون فى الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أى دليل[١]. ذلك أنه إذا كان فى الدعوى دليل كامل لم تصبح هناك حاجة لليمين المتممة ، وقضى لمصلحة صاحب هذا الدليل . وإذا كانت الدعوى خالية من أى دليل لم يصح توجيه اليمين المتممة لأنها لاتوجه إلا لاستكمال أدلة ناقصة ، وقضى على الخصم الذى خلت دعواه من أى دليل[٢] .

والواقعة التى يحلف عليها الخصم هى تلك التى تكمل دليله ليثبت ادعاءه ، فهى إذن لابد أن تكون واقعة غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب ، ويجب أن يكون من شأنها أن تكمل الدليل الناقص فى تقدير القاضى . ويغلب أن تكون هى واقعة الادعاء بأجمعها ، كأن يحلف الدائن أن له فى ذمة المدين مبلغ كذا بسبب القرض ، فيستكمل بهذه اليمين مبدأ ثبوت بالكتابة قدمه لإثبات عقد القرض[٣] . ويصح أن تكون الواقعة مجرد قرينة تضاف إلى أدلة أخرى موجودة فيثبت المدعى به بجميع هذه الأدلة . كأن يحلف المدين على أنه أقرض الدائن بعد حلول الدين المدعى به مبلغاً من المال ليستخلص

= تصرفا قانونيا كما قدمنا . ولا توجه اليمين المتممة إلى غير خصم أصلى فى الدعوى ، فلا توجه إلى الدائن الذى يرفع الدعوى باسم مدينه ، بل توجه إلى هذا المدين عند إدخاله فى الدعوى .

(١) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٣ ص ٦٢٢ — استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ٥ ص ١٠٦ — ٢٢ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٣ .

(٢) والدليل الناقص الذى تكمله اليمين المتممة يختلف باختلاف ما إذا كان الادعاء يجوز إثباته بالبينة والقرائن ، أو لابد من الكتابة فى إثباته . فى الحالة الأولى يصح أن يكون الدليل الناقص بينة أو قرائن ليست كافية ، فتستكمل باليمين المتممة . أما إذا كان الإثبات بالكتابة واجباً ، فالدليل الناقص يجب أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة لا مجرد بينة أو قرائن ، إلا فى الحالات التى تجوز فيها البينة والقرائن بدلا من الكتابة لمسوغ قانونى ، كما إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بسبب أجنبى (استئناف مختلط ١٤ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٧٠ — ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٢ — ٦ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٣ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٦) .

(٣) ونرى من ذلك أن مبدأ الثبوت بالكتابة ، كما يستكمل بالبينة أو القرائن يجوز أيضاً أن يستكمل باليمين المتممة .

من واقعة القرض قرينة تضاف إلى مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات براءة ذمته من الدين المدعى به(١) .

ويجوز للقاضى بعد أن يوجه اليمين المتممة ، وقبل الحلف ، أن يرجع فى توجيهها . ويغلب أن يتم ذلك إذا تكشف القاضى عن أدلة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها ، فلم يعد هناك مسوغ لتوجيه اليمين المتممة إلى الخصم الذى سبق أن وجهت إليه . بل يجوز للقاضى الرجوع لمجرد أن يكون قد غير رأيه دون حاجة إلى الكشف عن أدلة جديدة . فقد يعيد النظر فى تقدير الأدلة الموجودة فيراها كاملة أو لايرى فيها دليلا . وحتى بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة ، لايكون القاضى مقيداً أن يحكم بموجبها كما سنرى .

٧٥١ — الآثار التى تترتب على توجيه اليمين المتممة : تنص المادة ٤١٦ مدنى على ما يأتى : « لا يجوز للخصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر »(٢) . ويتبين من هذا النص ألا خيار لمن وجهت إليه اليمين المتممة ، فهو لا يستطيع أن يردها على الخصم الآخر . وعليه أن يحلف أو يعتبر ناكلا .

وهو إذا حلف(٣) — ولا يجوز له أن يوكل غيره فى الحلف — قضى لصالحه غالبا . لأنه يكون قد استكمل الأدلة التى كانت ناقصة . على أنه ليس حتما على القاضى أن يقضى لصالحه ، فقد يقف القاضى على أدلة جديدة تقنعه بأن ادعاء الخصم الذى حلف اليمين يقوم على غير أساس فيحكم ضده . بل ليس من الضرورى أن يكشف القاضى عن أدلة جديدة . فقد يعيد النظر فى تقدير الأدلة الموجودة ، بعد الحلف وقبل الحكم ، فيقتنع بغير ما كان مقتنعاً

---

(١) وقد تكون الواقعة غير شخصية للخصم فيحلف على عدم العلم ، كأن يوجه القاضى اليمين المتممة إلى ورثة المدعى عليه يحلفون على أنهم لا يعلمون أن مورثهم قد تسلم الوديعة المدعاة (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٦٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٢٤ (مطابق) — الليبى م ٤٠٥ (مطابق) — العراقى ٤٨٥ (مطابق) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٣٩ (موافق) .

(٣) وكل ما ذكرناه فى كيفية حلف اليمين الحاسمة يسرى بالنسبة إلى حلف اليمين المتممة . والحنث فى اليمين المتممة ، كالحنث فى اليمين الحاسمة أو فى أية يمين أخرى يلزم بها الخصم فى المواد المدنية ، جريمة تعاقب عليها المادة ٣٠١ عقوبات وقد مر ذكرها (انظر آنفاً فقرة ٧٤٥ فى الهامش) .

به عند توجيه اليمين المتممة فيقضى ضد من حلف . بل إن القاضى ليقضى لمصلحة من حلف ، ثم يستأنف الحكم . فلا تتقيد المحكمة الاستئنافية بحكم المحكمة الابتدائية(١).

أما إذا نكل الخصم الذى وجهت اليه اليمين المتممة . فإن الأدلة الناقصة التى كان قد قدمها لإثبات ادعائه تبقى ناقصة كما كانت . بل إن الريبة لتزداد فى صحة ادعائه بعد أن نكل . ومن أجل ذلك يغلب أن يحكم القاضى ضده .(٢) ولكن ليس من المحتم هنا أيضاً أن يقضى ضده . فقد تظهر بعد نكوله أدلة جديدة تكمل أدلته الناقصة . فيقضى لصالحه بالرغم من النكول . بل قد لاتظهر أدلة جديدة . ولكن القاضى يعيد النظر فى تقدير الأدلة التى كان يحسبها ناقصة فيراها كافية فيقضى هنا أيضاً لصالحه . وإن كان احتمال ذلك ضئيلا بعد نكول الخصم وعدم ظهور أدلة جديدة .

٧٥٢ — صور خاصة من اليمين المتممة : وتوجد صورتان خاصتان من اليمين المتممة . هما : (أولا) يمين الاستيثاق (ثانيا) يمين التقويم .

(أولا) يمين الاستيثاق : هذه اليمين توجه فى أحوال ثلاثة نص عليها القانون :

---

(١) نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٥٨ ص٤٧٣ — ٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٦ ص ٥٧١ — فقد ترى المحكمة الاستئنافية ألا محل لتوجيه اليمين المتممة لأن الأدلة قد أصبحت كافية أوكانت كافية من قبل . أوأن الأدلة معدومة بحيث لا يجوز توجيه هذه اليمين . وقد توجه اليمين المتممة إلى الخصم الآخر . أو لا توجهها ولكنها لا تقضى لمصلحة من حلف اليمين أمام المحكمة الابتدائية .

ويجوز للخصم الآخر أن يثبت أمام محكمة الاستئناف كذب اليمين المتممة التى حلفها خصمه أمام المحكمة الابتدائية . وإذا قضى للخصم الذى حلف اليمين المتممة بحكم نهائى جاز للخصم الآخر أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة ضد خصمه . كما يجوز له أن يدعى مدنيا فى الدعوى الجنائية التى ترفعها النيابة العامة . ويجوز له من باب أولى أن يرفع دعوى تعويض مبتدأة بعد أن يثبت كذب اليمين المتممة بحكم جنائى ، وهذا دون إخلال بالطعن فى الحكم الذى صدر تأسيساً على اليمين المتممة بطريق الاستئناف أو بطريق التماس إعادة النظر . فلا تتقيد اليمين المتممة بما تتقيد به اليمين الحاسمة فيما سبق أن أوردناه . لأن النص الذى ورد فى يمين الحاسمة (م ١٣ ؛ مدنى انظر آنفاً فقرة ٧٤٥) لايتناول اليمين المتممة.

(٢) ونرى أنه يجوز للقاضى . بعد أن نكل الخصم الذى وجهت إليه اليمين المتممة . أن يوجه هذه اليمين إلى الخصم الآخر . لاسيما بعد أن تعززت أدلة الخصم الآخر بنكول خصمه .

١ — نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣٨ مدنى على أنه « يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا . وهذه اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه . وتوجه إلى ورثة المدين . أو أوصيائهم إن كانوا قصراً . بأنهم لايعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء »[1]. فالقانون هنا جعل من التقادم بمدة سنة واحدة قرينة على الوفاء. ولكن أراد أن يعزز هذه القرينة — وقد اعتبرها دليلا غير كامل — بيمين متممة يحلفها المدين على واقعة شخصية له هي أداؤه الدين فعلا . فإذا كان قد مات . حلفت الورثة — أو أوصياؤهم إن كانت الورثة قصراً — يمين عدم العلم بأنهم لايعلمون بوجود الدين . أو يمين العلم بأنهم يعلمون بحصول الوفاء . ونرى من ذلك أن يمين الاستيثاق تكون فى بعض حالاتها يمينا على واقعة شخصية . وفى حالات أخرى يمينا على عدم العلم . وتبقى فى جميع الأحوال يمين استيثاق . وقد رأينا كذلك فيما تقدم أن يمين عدم العلم لاتختص بيمين الاستيثاق ، بل هى قد تكون أيضاً فى اليمين الحاسمة[2] . وفى اليمين المتممة الأصلية[3]. فلا يجوز إذن الخلط ما بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق . وخصائص يمين الاستيثاق فى الحالة التى نحن بصددها أنها يمين إجبارية لابد للقاضى من أن يوجهها إلى المدين أو إلى ورثته . وتوجه إلى المدين (أو ورثته) دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتما ، على أنها تبقى بعد كل ذلك فى نظرنا يمينا متممة لا يمينا حاسمة . فهى تختلف اختلافا جوهريا عن اليمين الحاسمة فى أنها ليست هى الدليل الوحيد فى الدعوى . بل هى دليل تكميلى يعزز الدليل الأصلى وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين .

٢ — نصت المادة ١٩٤ من التقنين التجارى على أن « الأوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق فى إقامة الدعوى بها بمضى خمس سنوات . وإنما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن فى ذمتهم شىء

---

(١) والحقوق التى تتقادم بسنة واحدة هى حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء . وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم . وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات (م ٣٧٨/١ مدنى) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٧٤٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٧٥٠ فى الهامش .

من المدين إذا دعوا للحلف . وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يميناً على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين » . فهذا النص أيضاً كالنص السابق يجعل بعض الحقوق التجارية تتقادم بمدة قصيرة هي خمس سنوات . وقد جعل القانون من هذا التقادم قرينة على الوفاء . ولكنه اعتبر هذه القرينة دليلا غير كامل . فرأى أن يعززها . إذا طلب الدائن ذلك . بيمين متممة يحلفها المدين على أن ليس في ذمته شيء من الدين . أو يحلفها ورثته وهنا يحلفون على أكثر من عدم العلم إذ يحلفون على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين . ويمين الاستيثاق هنا طلبها موكول إلى الدائن لا إلى القاضي . وتوجه إلى المدين أو ورثته دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتماً . ولكنها مع ذلك يمين متممة(١) . لأنها دليل تكميلي يعزز دليلا أصليا في الدعوى .

٣ — نصت المادة ٣٩٤ مدني على أن « تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث والخلف فلا يطلب منه الإنكار . ويكفي أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق »(٢) . وهذا النص يختلف عن سابقيه . فهو يتكلم عن يمين تتمحض في أنها يمين عدم العلم . ثم إنها لا تعزز دليلا أصلياً في الإثبات . فهي لا تثبت شيئاً بل تنشئ موقفاً . بيد أنها على كل حال يمين متممة من نوع خاص . إذ يستكمل بها من حلفها الشروط القانونية اللازمة لرفع حجية الورقة العرفية في الإثبات . ومن هذه الناحية وحدها يمكن اعتبارها . في كثير من التجوز . يمين استيثاق .

(ثانياً) **يمين التقويم** : تنص المادة ٤١٧ مدني على ما يأتي : « ١ — لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى . ٢ — ويحدد القاضي . حتى في هذه الحالة .

---

(١) انظر عكس ذلك وفي أنها يمين حاسمة : استئناف مصر ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٣٨ ص ٦٧٦ — مصر الكلية ١٥ ابريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٥٠ ص ٧٦ — ٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٥٢ ص ٧٤٨ — وقارن نقض جنائي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٦١ ص ٤٧٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٤٠

حداً أقصى للقيمة التي يصادق فيها المدعى بيمينه »[1]. وموضوع يمين التقويم، كما نرى من النص، تقدير قيمة شيء واجب الرد وتعذر رده فيقضى بقيمته. مثل ذلك وديعة أو عارية هلكت بتعد، فيقضى بقيمتها للمودع أو للمعير. ولكن هذه القيمة استحال تقديرها بأي طريق — ولو بطريق الخبراء على أساس تعيينها بالوصف — فلم يعد مناص من الرجوع في قيمتها إلى المدعى. فيوجه إليه القاضي يمين التقويم. والخصم الذي توجه إليه هذه اليمين هو دائماً المدعى الذي يطالب باسترداد الشيء، دون المدعى عليه المطلوب منه الرد. ثم إن موضوع اليمين هو دائماً المبلغ الذي يقدر به المدعى قيمة الشيء المطلوب رده. على ألا يجاوز هذا المبلغ حداً أقصى يعينه القاضي بحسب تقديره وفقاً لما يستخلصه من ظروف الدعوى. وفي هاتين الخصيصتين تختلف أحكام يمين التقويم عن أحكام اليمين المتممة الأصلية. ولكن أحكام هذه اليمين تتفق بعد ذلك مع أحكام اليمين المتممة الأصلية في أنها لا يجوز ردها على الخصم الآخر. وفي أن القاضي لا يتقيد بموجبها فله أن يحكم بأقل من المبلغ الذي حلف عليه أو بأكثر، لاسيما إذا قدم أحد الخصمين بعد الحلف عناصر جديدة يستطيع القاضي أن يستهدى بها في تقدير قيمة الشيء. كذلك للمحكمة الاستئنافية أن تنقص أو تزيد في المبلغ الذي قضت به المحكمة الابتدائية.

الفرع الثالث

القرائن القانونية وحجية الأمر المقضى

٧٥٣ — موضوعاد للبحث: عرض التقنين المدني، في الفصل الثالث من الإثبات، للقرائن. فتناول القرائن القانونية. وذكر من بينها حجية الأمر وارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي. وتناول بعد ذلك القرائن القضائية.

ولما كنا قد فرغنا من الكلام في القرائن القضائية فيما تقدم، وتناولنا موضوع ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي في إثبات دعوى المسئولية التقصيرية[2]، فلا يبقى للبحث إلا موضوعان: (١) القرائن القانونية

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى: قانون البينات السوري م ١٢٢ (مطابق) — الليبي م ٤٠٦ (مطابق) — العراقي م ٤٨٣ (مطابق) — أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤٠ (موافق).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٩٣.

(٢) حجية الأمر المقضى ، وهى تعتبر عادة قرينة من أبرز القرائن القانونية[١] .

المبحث الأول

القرائن القانونية

٧٥٤ — نص قانونى : تنص المادة ٤٠٤ مدنى على ما يأتى : « القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات . على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك »[٢] .

ونتكلم فى مسألتين : (١) ركن القرينة القانونية والمهمة التى تقوم بها هذه القرينة (٢) حجية القرينة القانونية فى الإثبات .

المطلب الأول

ركن القرينة القانونية والمهمة التى تقوم بها هذه القرينة

٧٥٥ — ركن القرينة القانونية هو نص القانون : قدمنا أن للقرينة القضائية عنصرين : واقعة ثابتة يختارها القاضى وتسمى علامة أو أمارة ، وعملية استنباط يقوم بها القاضى ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها . وقلنا إن هذين العنصرين هما من عمل القاضى . أما القرينة القانونية فعلى العكس من ذلك لا عمل فيها للقاضى ، بل إن العمل كله للقانون . فركن القرينة القانونية هو نص القانون وحده . فهو الذى يختار العنصر الأول أى الواقعة الثابتة ، وهو الذى يجرى عملية الاستنباط فيقول مادامت هذه الواقعة

---

(١) وسنرى أن حجية الأمر المقضى تكيف عادة بأنها قرينة قانونية . ولكن الصحيح أنها أنها قاعدة موضوعية (انظر ما يلى فقرة ٧٦١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٨٩ (مطابق) — الليبى م ٣٩٢ (مطابق) — العراق م ٥٠٢ (مطابق) — أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٣٠٣ وم ٣٠٦ (مقارب) .

قد ثبتت فإن واقعة أخرى معينة تثبت بثبوتها . مثل ذلك ما نص عليه المادة ٩١ مدنى من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه هذا التعبير قرينة على علمه به . فالواقعة الثابتة هى وصول التعبير عن الإرادة . ويستنبط منها القانون واقعة أخرى هى العلم بهذا التعبير تثبت بثبوت الواقعة الأولى(١) .

فعنصر القرينة القانونية إذن هو نص القانون . ولا يمكن أن تقوم قرينة قانونية بغير نص . وإذا وجد النص فقامت القرينة القانونية . فإنه لا يمكن أن يقاس عليها قرينة قانونية أخرى بغير نص ، اعتمادا على المماثلة أو الأولوية .

٧٥٦ – مهمة القرينة القانونية هى الإعفاء من الإثبات : وتختلف القرينة القضائية عن القرينة القانونية فى أن الأولى تعتبر دليلا إيجابيا فى الإثبات . لأن الخصم يتوسل بها إلى إثبات دعواه . ويقع عليه عبء تقديمها . أما القرينة القانونية فهى ليست دليلا للإثبات ، بل هى إعفاء منه (dispense de preuve) . فالخصم الذى تقوم لمصلحته قرينة قانونية يسقط عن كاهله عبء الإثبات . إذ القانون هو الذى تكفل باعتبار الواقعة المراد إثباتها ثابتة بقيام القرينة وأعفى الخصم من تقديم الدليل عليها . والقرينة القانونية تعفى من الإثبات فى الدائرة التى رسمها لها القانون . ولو فى تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات . أى فى دائرة لا تقبل فيها القرينة القضائية .

على أن القرينة القانونية إذا كانت إعفاء من إثبات الواقعة المراد إثباتها ، فهى ليست إعفاء من اثبات الواقعة التى تقوم عليها القرينة والتى يعتبر القانون أن إثباتها هو إثبات للواقعة الأولى . مثل ذلك أن المادة ٥٨٧ مدنى تقضى بأن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط . فواقعة الوفاء بقسط سابق هى الواقعة المراد إثباتها . وقد اعتبرها القانون ثابتة وأعفى المستأجر من إثباتها ، وذلك بشرط أن يثبت واقعة الوفاء بقسط لاحق وهى الواقعة التى تقوم عليها القرينة . فيجب على المستأجر أن يثبت

---

(١) انظر فى أمثلة أخرى : نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٦ ص ٥٣٥ (تسجيل العلامة التجارية قرينة قانونية على ملكية العلامة) – ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ (المادة ٩١٧ مدنى تقيم قرينة قانونية مؤداها أن الاحتفاظ بحيازة العين وبحق الانتفاع مدى الحياة قرينة على أن التصرف وصية) .

هذه الواقعة الأخرى . فإن كان القسط اللاحق لا يزيد على عشرة جنيهات كان للمستأجر أن يثبت الوفاء بجميع الطرق . وإلا لم يجز الإثبات إلا بالكتابة . ونرى من ذلك أن القرينة القانونية ليست فى الواقع إلا نقلا للإثبات من محله الأصلى إلى محل آخر (déplacement de preuve) . فالواقعة المراد إثباتها — وهى المحل الأصلى — يزحزح عنها القانون الإثبات . ويحوله إلى واقعة أخرى قريبة منها . فإذا ثبتت هذه الواقعة الأخرى . اعتبرت الواقعة الأولى ثابتة بحكم القانون .

المطلب الثانى

حجية القرينة القانونية فى الإثبات

٧٥٧ — القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية غير القاطعة : لما كان الأصل هو أن كل دليل يقبل إثبات العكس وفقاً لمبدأ أساسى فى الإثبات . فإن هذا يؤدى إلى النتيجة الآتية : كل قرينة قانونية . وقد أثبتت واقعة معينة . تقبل فى الأصل إثبات عكس هذه الواقعة . فالأصل إذن فى القرينة القانونية أن تكون غير قاطعة . أى أنها تقبل إثبات العكس . فإذا هى لم تقبل إثبات العكس . فذلك هو الاستثناء . فمتى إذن نعتبر استثناء أن القرينة قاطعة ؟ يقودنا هذا إلى الكلام فى القرينة القاطعة . ثم فى القرينة غير القاطعة .

§ ١ — القرينة القاطعة أو المطلقة

(présomption irréfragable, absolue, juris et de jure)

٧٥٨ — متى نعتبر القرينة القانونية قرينة قاطعة : الرأى الذى يتجه إليه الفقه المعاصر فى هذا الصدد يمكن بسطه على النحو الآتى : الأصل كما قدمنا أن تكون القرينة غير قاطعة . فتقبل إثبات العكس . ولكن هناك قرائن أقامها المشرع لاعتبارات هامة خطيرة . يحرص كل الحرص على عدم الإخلال بها . ومن ثم جعل هذه القرائن غير قابلة لإثبات العكس حتى يستقيم له غرضه . ومن ثم كان واجبا على المشرع عندما يقيم قرينة قانونية . ويريد أن يحكم تشريعه . أن ينظر ما إذا كانت الاعتبارات التى اقتضت النص على هذه القرينة

هي من الأهمية والخطورة بحيث تستوجب أن تبقى القرينة قائمة في جميع الأحوال. فعند ذلك ينص على عدم جواز إثبات العكس. فإن سكت عن ذلك، كانت القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس رجوعا إلى الأصل.

وهذا هو عين ما فعله التقنين المدني الجديد. إذ نص كما رأينا في المادة ٤٠٤ منه على أنه «يجوز نقض هذه القرينة (أي القرينة القانونية) بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك»[1]. والسياسة التشريعية التي جرى عليها التقنين المدني الجديد هي أنه عندما يقف عند قرينة قانونية يريد جعلها قاطعة لا تقبل إثبات العكس ينص على ذلك. وإن كان النص يأتي بطريق غير مباشر. فعل ذلك في القرائن القانونية على الخطأ التي تقوم عليها المسئولية عن الحيوان، والمسئولية عن الأشياء، والمسئولية العقدية، ومسئولية المستأجر عن الحريق[2]. بل إن التقنين المدني كثيراً ما ينص على أن قرينة قانونية معينة قابلة لإثبات

---

(١) ولم يكن هذا النص موجوداً في التقنين المدني السابق. فكان الرأي متجها إلى الأخذ بما هو مقرر في فرنسا بنص صريح في المادة ١٣٥٢ مدني فرنسي من عدم جواز ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها تصرفاً معينا (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٨ ص ٨١٥).

(٢) فقد نصت المادة ١٧٦ مدني على أن «حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه». فأقام المشرع مسئولية حارس الحيوان على قرينة قانونية تفيد خطأ الحارس، ولم يسمح للحارس أن يزحزح المسئولية عن عاتقه إلا بإثبات السبب الأجنبي. ومقتضى هذا أن الحارس يستطيع أن ينفي علاقة السببية بإثبات عكسها وهي السبب الأجنبي، ولا يستطيع أن ينفي الخطأ لأن قرينته القانونية غير قابلة لإثبات العكس. وعلى هذا المنوال جرى في المسئولية عن الأشياء (م ١٧٨ مدني)، وفي المسئولية العقدية (م ٢١٥ مدني)، وفي مسئولية المستأجر من الحريق (م ٥٨٤ مدني). وإذا وقفنا عند مسئولية المتبوع عن تابعه، ولم نجد المشرع (م ١/١٧٤ مدني) ينص على عدم جواز إثبات العكس، فذلك لأن مسئولية المتبوع عن التابع، كما سنرى، إنما هي قاعدة موضوعية وليست قائمة على قرينة قانونية، فلا حاجة إلى النص على عدم جواز إثبات العكس لأن الأصل في القواعد الموضوعية أنها لا تقبل إثبات العكس.

هذا وقد أشرنا، عند الكلام في المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية، إلى اتجاه يعدل عن فكرة الخطأ المفترض إلى فكرة الخطأ الثابت. فالمسئولية عن الحيوان وعن الأشياء وعن حريق العين المؤجرة إنما تقوم على خطأ ثابت في الحراسة (faute dans la garde). والمسئولية العقدية إنما تقوم، في حالة الالتزام العقدي بتحقيق غاية وهي الحالة التي تعنينا، على خطأ ثابت، إذ أن عدم تحقيق الغاية المتعاقد عليها هي هذا الخطأ نفسه أيا كانت الأسباب التي أدت إلى عدم تحقيق هذه الغاية.

العكس ، في غير ضرورة . إذ هي قابلة لإثبات العكس ولو لم ينص على ذلك ، رجوعا إلى الأصل كما قدمنا . ولكنه يفعل ذلك منعا للبس[1].

٧٥٩ – القرينة القانونية القاطعة يجوز دحضها بالإقرار واليمين : وإذا قلنا إن القرينة القانونية القاطعة لاتقبل إثبات العكس . فليس معنى ذلك أنها لاتدحض أبدا . ذلك أن عدم القابلية للدحض لا يكون إلا للقواعد الموضوعية على ما سنرى . أما القرائن القانونية . ولو كانت قاطعة . فهي قواعد إثبات . فالقرينة القانونية القاطعة لاتزال دليلا من أدلة الإثبات . بل هي لاتعدو أن تكون دليلا سلبيا إذ تقتصر على الإعفاء من الإثبات كما قدمنا . فإذا نقضها من تقررت لمصلحته بإقراره أو بيمينه ، فقد دحضها . ولم يعد هناك محل لإعفائه من إثبات لم يقبل هو أن يعفى منه نفسه .

وقد نصت المادة ١/٣٧٨ مدني على حقوق تتقادم بسنة واحدة ، ثم أضافت الفقرة الثانية من هذه المادة أنه « يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا .. » . وهذا يدل على أن المشرع قد جعل هذا التقادم القصير قائما على قرينة قانونية قاطعة تفيد الوفاء بالحق ، ومن ثم أجاز دحض هذه القرينة بالنكول عن اليمين ، فيجوز من باب أولى دحضها بالإقرار (٢) .

٧٦٠ – ما لا يجوز دحضه بالإقرار واليمين ليس من القرائن القانونية بل هو من القواعد الموضوعية : ويجب التمييز في كثير من العناية بين القاعدة الموضوعية (règle de fond) والقرينة القانونية[3] . إذ توجد قواعد

---

(١) ومن الأمثلة على ذلك ماجاء في المادة ١٧٣ مدني (مسئولية المكلف بالرقابة) ، والمادة ١٣٧ (افتراض السبب المشروع) . والمادة ٩١ مدني (وصول التعبير عن الإرادة قرينة على العلم به) . والمادة ٩١٧ مدني (الاحتفاظ بحيازة العين وبحق الانتفاع بالعين مدى الحياة قرينة على أن التصرف وصية : انظر نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) .

(٢) وذلك سواء اعتبرنا اليمين حاسمة أو متممة (انظر آنفاً فقرة ٧٥٢) ، فالنكول عنها في كلا الاعتبارين يكون دحضاً للقرينة . أما غير ذلك من ضروب التقادم المسقط ، وكذلك التقادم المكسب . فيقوم على قواعد موضوعية لا على قرائن قانونية كما سنرى .

(٣) ويرجع الفضل في جلاء هذا التمييز إلى جني في كتابه العلم والصياغة في القانون الخاص =

موضوعية يبنيها المشرع على الكثرة الغالبة من الأحوال فيقلبها إلى حقائق ثابتة ، مثلها فى ذلك مثل القرائن القانونية . فبلوغ الرشد مثلا تتفاوت فيه الناس . ولكن المشرع لا يسعه أن يكل تحديد سن الرشد إلى الظروف الذاتية لكل إنسان . فوجب جعل بلوغ الرشد لجميع الناس عند سن معينة — الحادية والعشرين فى مصر — مراعيا فى ذلك الكثرة الغالبة من الأحوال . متجاوزا عن التفاوت ما بين إنسان وآخر . وهذا مثل للقاعدة الموضوعية التى يبنيها المشرع على فكرة الراجح الغالب الوقوع .

وتختلف القاعدة الموضوعية عن القرينة القانونية فى أن الأولى تستغرق علتها فلا تجوز معارضتها بهذه العلة . أما القرينة القانونية فتجوز معارضتها بعلتها . فالقاعدة الموضوعية لا يجوز فيها إذن إثبات العكس ، ولو بالإقرار أو اليمين . أما القرينة القانونية فيجوز فيها إثبات العكس ، ولو بالإقرار أو اليمين فى حالة القرينة القاطعة . ومن ثم لا يجوز إثبات أن من بلغ سن الرشد ليس راشدا . أو هو راشد قبل أن يبلغ هذه السن . فإذا برز إنسان وهو فى التاسعة عشرة من عمره ودل بتفوقه على أنه أرشد ممن بلغ الحادية والعشرين ، فلا يزال هذا الإنسان قاصراً فى نظر القانون . وإذا وجد ، على العكس من ذلك ، إنسان فى الحادية والعشرين وقد بدت عليه علامات القصور العقلى ، فإنه يعتبر بالرغم من ذلك بالغاً سن الرشد ، إلا إذا كان القصور العقلى قد وصل إلى حد الغفلة أو العته فعندئذ يحجر عليه . فالقاعدة الموضوعية هنا قد استغرقت علتها ، ولم يعد للعلة مجال للعمل . والتقادم بسنة قرينة قانونية قاطعة على الوفاء بحق معين . ولكن هذه القرينة ليست قاعدة موضوعية ، فتجوز معارضتها بعلتها ودحضها بالإقرار واليمين . فإذا قال المدين إن الدين باق فى ذمته أو نكل عن اليمين التى توجه إليه فى ذلك ، فإن القرينة تنهار .

٧٦١ — قواعد موضوعية تكيف خطأ بأنها قرائن قانونية : وقد

= (الجزء الثالث فى القرائن) ، ثم إلى ديكوتنيى فى رسالته المعروفة فى القرائن فى القانون الخاص . وتبعهما بيدان وبيرو ٩ فقرة ١٢٩٠ — انظر أيضاً فى هذا التمييز سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٥٩ مكررة — عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ٢٢٧ — عبد الباسط جميعى فى الإثبات فقرة ١٠١ .

أسيء فهم بعض القواعد الموضوعية فكيفت خطأ بأنها قرائن قانونية. وجعلت قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها . ولما كانت هذه القواعد قواعد إجبارية لا يجوز دحضها حتى بالإقرار واليمين . مع أن القرائن القاطعة يجوز دائماً دحضها بهذين الطريقين كما قدمنا . فقد قيل في تبرير عدم قابليتها للدحض إنها قرائن قانونية قاطعة تتعلق بالنظام العام . والصحيح أنها قواعد موضوعية إجبارية ، لا قرائن قانونية قاطعة . وهذا وحده هو الذي يبرر أنها لا تدحض حتى بالإقرار واليمين . ومن هذه القواعد الحيازة في المنقول . والتبرع في مرض الموت ، ومسئولية المتبوع عن التابع . والتقادم . وحجية الأمر المقضي .

فالحيازة في المنقول قاعدة موضوعية إجبارية . لا قرينة قانونية قاطعة . فقد رأى المشرع أن يحمي حائز المنقول حسن النية بسلاح أقوى من سلاح القرينة القانونية ولو كانت قاطعة . ومن ثم أصبح من يحوز المنقول وهو حسن النية ، بفضل هذه القاعدة الموضوعية ، مالكا له . وأصبحت ملكيته ثابتة مستقرة ، لا يزعزعها حتى الإقرار أو اليمين . أراد المشرع أن يستقر التعامل في المنقول . وتلك اعتبارات عليا يستقل بتقديرها . ويملك زمامها ، فيضع من القواعد مايراه مناسبا لحماية الأوضاع القانونية المختلفة : تارة يكتفي بقرينة قانونية غير قاطعة ، وطورا يجعل القرينة القانونية قاطعة . وأخرى يرتفع عن نطاق القرائن وقواعد الإثبات ويرى أن الحماية المناسبة هي قاعدة موضوعية لا تقبل النقض بحال من الأحوال . هذا هو التدرج في الحماية ، درجة فوق درجة ، يؤتيها المشرع من يشاء كما يشاء . وهو في كل ذلك يتوخى أن يكون لكل وضع قانوني الحماية التي تناسبه . وندرك من ذلك الصلة مابين القرائن القانونية والقواعد الموضوعية ، فليس بينها من حجاب كثيف . ولكنها مراحل متدرجة في الحماية : القرينة القانونية غير القاطعة في المرتبة الدنيا . ثم القرينة القانونية القاطعة في مرتبة أعلى . ثم القاعدة الموضوعية في القمة من مدارج الحماية[1] .

---

(١) والانتقال من القاعدة الموضوعية إلى القرينة القانونية . أو من القرينة القانونية إلى القاعدة الموضوعية ، أمر موكول إلى المشرع . فهو إن شاء جعل ما يقرره من ذلك قاعدة موضوعية . وإن شاء جعله قرينة قانونية ، وفقاً لما يقدر من الاعتبارات .

وكذلك قل عن التصرف الصادر فى مرض الموت إذا قصد به التبرع . وضع له المشرع . فى الفقرة الأولى من المادة ٩١٦ مدنى . قاعدة موضوعية تجعله تصرفاً مضافا إلى ما بعد الموت . فيكون له حكم الوصية . وهى قاعدة لا تقبل النقض ، ولوكان عن طريق الإقرار أواليمين . والمشرع ليس حاجة هنا إلى التصريح بعدم جواز إثبات العكس ، لأنه فى صدد قاعدة موضوعية إجبارية . لافى صدد قرينة قانونية قاطعة . أما مجرد صدور التصرف فى مرض الموت . فقد جعل منه المشرع . فى الفقرة الثالثة من المادة ٩١٦ مدنى . قرينة قانونية غير قاطعة تفيد أن التصرف قصد به التبرع . ما لم يثبت من صدر له التصرف أن هذا التصرف معاوضة .

= وله كذلك أن يهبط بقاعدة موضوعية إلى قرينة قانونية ، وان يرتفع بقرينة قانونية إلى قاعدة موضوعية . وقد هبط المشرع فعلا بالتقادم ، وهو فى الأصل قاعدة موضوعية، إلى أن جعله قرينة قانونية فى حالة واحدة من حالاته . فعل ذلك فى التقادم المسقط لحقوق معينة بسنة واحدة ، إذ أجاز دحض القرينة بالإقرار واليمين . وارتفع المشرع بقرينة قانونية إلى منزلة القاعدة الموضوعية، عندما قرر فى المادة ٩٤٨ مدنى أن الحق فى الأخذ بالشفعة يسقط بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . فقد كان فى وسع المشرع أن يقتصر على جعل انقضاء هذه المدة قرينة قانونية قاطعة على أن الشفيع قد علم بالبيع ولم يأخذ بالشفعة فسقط حقه . ولكنه لوجعل القاعدة قرينة قانونية قاطعة على هذا النحو ، لاقتضى ذلك أن يجيز للشفيع دحض هذه القرينة بإقرار المشترى أو يمينه . فإذا أقر المشترى أن الشفيع لا يعلم بالبيع بالرغم من انقضاء أربعة أشهر على تسجيله ، أو نكل عن اليمين التى توجه إليه فى ذلك . فإن القرينة القانونية تنهار إذ يدحضها الإقرار أواليمين ، ويستبق الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة . من أجل ذلك لم ير المشرع أن يختار هذا الطريق، بل ارتفع بهذه القرينة إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، فاستعصت بذلك على النقض ، ولم يجز دحضها حتى بالإقرار أو اليمين . وبمجرد أن ينقضى على تسجيل البيع أربعة أشهر دون أن يأخذ الشفيع بالشفعة فقد سقط حقه ، حتى لو أقر المشترى – صراحة ، أو ضمنا بأن نكل عن اليمين – بأن الشفيع لم يعلم بالبيع .

والذى يحمل المشرع على الانتقال بالقاعدة من مرتبة إلى أخرى اعتبارات تترك إلى تقديره كما قدمنا . فقد رأى فى التقادم بسنة واحدة ، نظراً لاحتمال أن المدين لم يكن قد وفى بالدين فى هذه المدة القصيرة ، أن يحكم فى ذلك ضميره ، فنزل بالقاعدة إلى مرتبة القرينة القانونية القاطعة ليجيز دحضها بالإقرار واليمين . وكان يستطيع أن ينزل بها إلى مرتبة أدنى ، فيجعلها قرينة قانونية غير قاطعة يجوز دحضها بجميع الطرق ، لا بالإقرار واليمين فحسب . ورأى فى سقوط الشفعة بأربعة أشهر أن الشفعة حق غير مرغوب فيه ، وأراد أن يحسم النزاع فى شأنه وأن يجعل سقوطه بهذه المدة أمراً لا يحتمل الجدل ، فارتفع بالقاعدة إلى أن تكون قاعدة موضوعية ، وجعلها بذلك لا تقبل الدحض حتى بالإقرار أواليمين .

ومسئولية المتبوع عن التابع لا تقوم على قرينة قانونية قاطعة بالخطأ . بل هي مبنية على قاعدة موضوعية . وهذه القاعدة تقضي بأن المتبوع مسئول عن التابع على أساس الضمان أو النيابة أو الحلول . فهي مسئولية عن الغير . بل لعلها هي الحالة الوحيدة في المسئولية عن الغير(١) . ولم يجد المشرع حاجة . وهو في صدد قاعدة موضوعية إجبارية لا قرينة قانونية قاطعة . أن ينص على عدم جواز إثبات العكس كما فعل عندما واجه القرائن القانونية القاطعة في مسئولية حارس الحيوان (م ١٧٦ مدني) وفي مسئولية حارس الأشياء (م ١٧٨ مدني) .

والتقادم . مكسباً كان أو مسقطاً . عدا التقادم المسقط بسنة واحدة وقد تقدم ذكره . قاعدة موضوعية إجبارية لا قرينة قانونية قاطعة . ومن ثم لا يقبل أن يدحض حتى بالإقرار واليمين .

وحجية الأمر المقضي لا تستند إلى قرينة قانونية قاطعة . بل هي قاعدة موضوعية لا تقبل النقض ولو بالإقرار أو اليمين . وقد وضعها التقنين المدني — القديم والجديد — خطأ بين القرائن القانونية . ونص على عدم جواز نقضها بالدليل العكسي . فجاري في ذلك أكثر التقنينات ، ولم يتحرر من هذا الخطأ الشائع(٢) .

§ ٢ — القرينة القانونية غير القاطعة أو النسبية أو البسيطة

(présomption simple, relative, juris vel juris tantum)

٧٦٢ — القرينة القانونية غير القاطعة تعفي من الإثبات كالقرينة القانونية القاطعة : القرينة القانونية غير القاطعة تعفي من تقررت القرينة لمصلحته من الإثبات ، تعفيه إعفاء تاما ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات إلى خصمه شأنها في ذلك شأن القرينة القانونية القاطعة . مثل ذلك تنص الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ مدني على أن « كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً . ما لم يقم الدليل على غير ذلك » . فهنا أعفي

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠٠ وفقرة ٤٤٣ في الهامش .

(٢) انظر ما يلي فقرة ٧٦٥ في الهامش .

القانون الدائن من إثبات السبب المشروع . مع أن السبب المشروع ركن كان ينبغي أن يقوم الدائن بإثباته . وليس الأمر هنا هو نقل عبء الإثبات إلى عاتق المدين ، بل إن الدائن ، وقد أعفى من الإثبات ، يعتبر أنه قدم إثباتا كاملا على وجود السبب المشروع . وإذا كان النص يقول « ما لم يقم الدليل على غير ذلك » ، فليس ذلك إلا جريا على الأصل من أن كل دليل تمكن معارضته بدليل ينقضه . فالخصم إذا قدم دليلا كتابيا أو بينة على مايدعيه فإنه يكون قد قدم دليلا كاملا . ولكن هذا لا يمنع خصمه من أن يتقدم دليلا ينقض دليله . فالدليل العكسي في القرينة غير القاطعة ليس نتيجة لنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، بل هو تطبيق لأصل من أصول الإثبات يقضي بمقارعة الدليل بالدليل . ومن ثم يكون جواز إثبات العكس في القرينة غير القاطعة هو استصحاب للأصل ، وعدم جواز ذلك في القرينة القاطعة هو خروج على الأصل فاقتضى نصا خاصا كما قدمنا[1] .

٧٦٣ — كيف يكون إثبات العكس في القرائن القانونية غير القاطعة :

لاشك في أن القرينة القانونية غير القاطعة يمكن اثبات عكسها بدليل ذي قوة مطلقة . فيمكن إثبات العكس بالإقرار واليمين كما في القرينة القانونية القاطعة . وكذلك بالكتابة وفي هذا تختلف القرينة غير القاطعة عن القرينة القاطعة . ولا شك أيضاً في أن القرينة القانونية غير القاطعة إذا استخدمت في إثبات واقعة مادية أو تصرف قانوني لاتزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فإنه يمكن إثبات عكسها بالبينة والقرائن القضائية ، إلى جانب الطرق المتقدمة . وذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات[2] .

ويقتصر الشك على ما إذا كانت القرينة القانونية غير القاطعة قد استخدمت

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٧٥٨

(٢) ولما كان حسن النية واقعة مادية ، فإنه يجوز إثبات العكس — أي سوء النية — بجميع طرق الإثبات (استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢) . وإذا كانت القرينة القانونية مستفادة من ورقة مكتوبة ، كالمخالصة بقسط الأجرة اللاحق وهي قرينة على الوفاء بالقسط السابق ، واستخدمت في إثبات الوفاء بقسط سابق لا يزيد على عشرة جنيهات ، فإنه يمكن إثبات عكس القرينة بالبينة . وليس في هذا إثبات لعكس المكتوب فتجب الكتابة ، بل هو إثبات لعكس القرينة القانونية المستفادة من المكتوب وهي قرينة قائمة فيما لا يزيد على عشرة جنيهات .

فى إثبات تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فهل يجوز إثبات العكس بالبينة والقرائن القضائية على خلاف ما تقضى به القواعد العامة فى الإثبات ، أو أنه يجب التزام هذه القواعد فلا يجوز إثبات العكس إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين ؟ يرى بعض الفقهاء جواز إثبات العكس فى هذه الحالة بالبينة والقرائن القضائية ، لأن القرينة القانونية لاتعدو أن تكون قرينة كسائر القرائن ، والقرينة تنقض بقرينة مثلها ولو كانت قرينة قضائية ، ومتى أمكن إثبات العكس بالقرينة القضائية جاز الإثبات أيضاً بالبينة[1] . ولكن متى تقرر أن القرينة القانونية تعفى من الإثبات ولو كانت غير قاطعة ، وترتب على ذلك أن من تقررت لمصلحته هذه القرينة يعتبر أنه قدم إثباتا كاملا على ما يدعيه كما قدمنا ، كانت النتيجة اللازمة أن الخصم الآخر ، عندما يعارض الدليل بالدليل يجب عليه أن يفعل ذلك وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات لأن القانون لم ينص فى هذه المسألة على شىء يخالف هذه القواعد . ومن ثم إذا كانت القرينة القانونية غير القاطعة قد استخدمت فى إثبات تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، لم يجز إثبات عكسها إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين[2] . فلو أن المستأجر قدم إثباتا للوفاء بقسط سابق من الأجرة يزيد على عشرة جنيهات القرينة القانونية المستفادة من وفائه بالقسط اللاحق ، فإنه يجوز للمؤجر أن يثبت أن المستأجر ، بالرغم من أنه وفى بالقسط اللاحق ، لم يقم بوفاء القسط السابق . ولكن لما كان هذا القسط السابق يزيد على عشرة جنيهات ، ولم يكن من الممكن إثبات وفائه بالبينة والقرائن ، كذلك لا يجوز إثبات عدم وفائه إلا بالطرق التى يجوز بها إثبات الوفاء .

---

(١) انظر فى هذا المعنى سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٦٤ – أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٧٤٥ – عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ٢٢٩ .

(٢) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٢ وهامش ٦ – بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٦١ – پلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٢ – ص ١٠١٣ – وقارب بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٠٦ ص ٣٨٥ .

المبحث الثانى

حجية الأمر المقضى

(autorité de la chose jugée)

٧٦٤ – حجية الأمر المقضى وقوة الأمر المقضى : يجب التمييز بين حجية الأمر المقضى (autorité de la chose jugée) وقوة الأمر المقضى (force de la chose jugée). فحجية الأمر المقضى معناها أن الحكم حجة فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلا وسببا ، وتكون غالبا فى صورة دفع بعدم جواز سماع الدعوى أو بعدم قبولها لسبق الفصل فيها[(١)] . أما قوة الأمر المقضى فهى المرتبة التى يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية ، وإن ظل قابلا للطعن فيه بطريق اعتيادى[(٢)] .

فالحكم القطعى ، نهائيا كان أو ابتدائيا ، حضوريا أو غيابيا ، تثبت له حجية الأمر المقضى ، لأنه حكم قضائى فصل فى خصومة . ولكن هذا الحكم لا يحوز قوة الأمر المقضى ، إلا إذا أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بطريق اعتيادى ، وإلا فإنه لا يحوز هذه القوة ولكن تكون له حجية الأمر المقضى . وتبقى هذه الحجية قائمة مادام الحكم قائما ، حتى لو طعن فيه بطريق

---

(١) ومن ثم كان ينبغى أن يدرس هذا الموضوع فى مباحث قانون المرافعات مع سائر أوجه الدفع بعدم قبول الدعوى . ولكن التقنين المدنى الجديد ، وهو فى ذلك يساير التقنين المدنى السابق والتقنين المدنى الفرنسى والتقنينات المدنية الحديثة ، خرج بحجية الأمر المقضى على أن تكون قاعدة موضوعية إلى جعلها قرينة قانونية . وهى قرينة قانونية قاطعة : فقد نص صراحة على عدم جواز قبول دليل ينقض هذه القرينة . ولما كان المشرع ، كما قدمنا ، هو الذى يمسك بزمام القواعد الموضوعية والقرائن القانونية ، فيرتفع إن شاء بالقرينة القانونية إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، ويهبط إن شاء بالقاعدة الموضوعية إلى مرتبة القرينة القانونية ، فلابد إذن من بحث حجية الأمر المقضى متصلة بالقرائن القانونية ، نزولا على حكم القانون .

(٢) وكثيراً ما يقع الخلط بين حجية الأمر المقضى وقوة الأمر المقضى فى الفقه والقضاء والتشريع ، وكثيراً ما نستعمل إحدى العبارتين ويكون المقصود بها العبارة الأخرى . والتقنين المدنى الجديد نفسه قد وقع فى هذا الخلط حين قال فى الفقرة الأولى من المادة ٤٠٥ : «الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى» ، وهو يقصد «حجية الأمر المقضى» .

اعتيادى . فإذا ألغى نتيجة للطعن ، زال وزالت معه حجيته . أما إذا تأيد ، ولم يعد قابلا للطعن بطريق اعتيادى ، بقيت له حجية الأمر المقضى وانضافت لها قوة الأمر المقضى .

ومن ثم يتبين أن كل حكم يحوز قوة الأمر المقضى يكون حتما حائزاً لحجية الأمر المقضى . والعكس غير صحيح . ويتبين كذلك أن الحكم القطعى فى أدنى مراتبه ، وهى مرتبة الحكم الابتدائى ، يكون : (أولا) له حجية الأمر المقضى . ولاتزول هذه الحجية إلا بإلغاء الحكم عن طريق الطعن فيه . (ثانيا) ليست له قوة الأمر المقضى ، إلى أن يصبح نهائيا (passé en force de chose jugée) فيحوز هذه القوة بالإضافة إلى الحجية . (ثالثا) على أن الحكم ، حتى إذا وصل إلى هذه المرتبة من القوة ، يبقى بالرغم من حيازته لحجية الأمر المقضى ولقوة الأمر المقضى ، معرضاً للإلغاء عن طريق طعن غير اعتيادى . فإذا لم يلغ ، أو فات الميعاد دون أن يطعن فيه ، أوكان منذ البداية غير قابل للطعن فيه بطريق غير اعتيادى ، استقرت له الحجية والقوة على وجه غير قابل للزوال .

والذى نقف عنده هو حجية الأمر المقضى ، فهو وحده الذى يعنينا هنا. فللحكم حجية على الخصوم تمنع من طرح النزاع بينهم من جديد . ومتى صدر حكم ، ولوكان حكما ابتدائيا ، وجب على الخصوم احترامه . فلا يجوز لأحد منهم أن يجدد النزاع بدعوى مبتدأة ، ولو رفعت هذه الدعوى لم يجز قبولها ، بل تدفع بحجية الأمر المقضى ويطلب الحكم بعدم جواز سماعها لسبق الفصل فيها[1] . ولكن حجيـــة الأمر المقضى لاتمنع من الطعن فى الحكم بالطرق المقررة ، سواء كانت طرقاً اعتيادية أوطرقاً غير اعتيادية . فيطرح النزاع من جديد أمام القضاء فيؤيد الحكم أويلغيه ، ولكنه فى الحالتين لايكون قد أصدر حكما قائما إلى جانب الحكم الأول . فهو إذا أيده بقى الحكم واحدا وإذا ألغاه زال الحكم الأول وبقى الحكم الثانى وحده . فالذى لايجوز ، بمقتضى حجية الأمر المقضى ليس هو الطعن فى الحكم الحائز لهذه الحجية ، بل هو رفع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قضاء محكمة الموضوع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لا يجوز معه العودة لمناقشة موضوع هذه الدعوى وما عساه أن يتصل بهذا الموضوع من دفاع (نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧٢ ص ٥٠٩) .

دعوى مبتدأة بالخصومة ذاتها . بل إنه لايجوز ، بعد أن تدفع الدعوى المبتدأة بحجية الأمر المقضى ، أن يطلب المدعى استجواب خصمه للحصول منه على إقرار بأن الحكم الذى صدر فى الدعوى الأولى غير صحيح ، أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة ليحلف على أن هذا الحكم صحيح فيما يعلم . فالحكم عنوان الحقيقة ولا تدحض حجيته حتى بالإقرار أو اليمين .

٧٦٥ – الأساس الذى تقوم عليه حجية الأمر المقضى — هل هى من النظام العام : تقوم حجية الأمر المقضى ، كما صورها التقنين المدنى ، على أساس قرينة قانونية قاطعة . فقد جاء النص صريحا فى هذا المعنى ، إذ يقرر أن « الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق . ولايجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة » (م ١/٤٠٥ مدنى) . فالمشرع يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الحكم هو عنوان الحقيقة ، وأن الحقيقة القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعة[1] .

ويرجع ذلك إلى اعتبارين أساسيين : (الاعتبار الأول) أن الحكم متى فصل فى خصومة كان لابد من الوقوف عنده ، لوضع حد لتجدد الخصومات والمنازعات . (والاعتبار الثانى) أنه إذا سمح القانون بتجديد النزاع بدعاوى مبتدأة ، لأمكن أن نتصور أن يحصل كل من الخصمين على حكم يتعارض على حكم يتعارض مع الحكم الذى حصل عليه الآخر . فتقوم أحكام متعارضة فى ذات النزاع وبين نفس الخصوم ؛ وهذا التعارض يجعل من المتعذر تنفيذ الأحكام القضائية ، وهو من شأنه أن يغض من كرامة القضاء . وأن يفقده احترامه فى النفوس .

---

(١) والصحيح أن حجية الأمر المقضى هى ، كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٧٦١) ، قاعدة موضوعية ، العلة فيها قد اختفت ولم تعد بارزة كما تبرز العلة إلى جانب القرينة القانونية . والذى يقطع فى أن حجية الأمر المقضى ينبغى أن تكون قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية أن هذه الحجية لا تدحض ، كما رأينا ، لا بالإقرار ولا باليمين . وقد قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٧٥٩) أن القرينة القانونية تدحض بالإقرار أو اليمين ولوكانت قاطعة . وحتى لو سايرنا الرأى الذى يذهب إلى أن القرينة القانونية القاطعة لا يجوز دحضها بالإقرار أو اليمين إذا كانت متعلقة بالنظام العام ، فإن حجية الأمر المقضى لا تعتبر من النظام العام كما سنرى .

ولكن مادام المشرع قد رأى أن يجعل من حجية الأمر المقضى قرينة قاطعة ، فلابد من التسليم بهذا التكييف ، وقد مضت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٧٦٤ فى الهامش) .

ويبدو لأول وهلة . بعد أن استعرضنا الاعتبارين الأساسيين اللذين تقوم عليهما حجية الأمر المقضى ، أن هذه الحجية هى من النظام العام . فوضع حد لتجدد الخصومات وعدم جواز قيام أحكام متعارضة كل هذه اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة . ولو قلنا إن حجية الأمر المقضى هى من النظام العام ، لترتب على ذلك أن الخصوم لا يملكون النزول عن التمسك بها ، وأنه يجوز للقاضى إثارة هذه الحجية من تلقاء نفسه ، بل ويجوز للخصوم أن يتمسكوا بها لأول مرة أمام محكمة النقض .

هناك أمر انعقد عليه الإجماع ، هو أن حجية الأمر المقضى تعتبر من النظام العام فى المسائل الجنائية ، أى فى حكم جنائى يصدر من محكمة جنائية ويحتج به أمام محكمة جنائية . ذلك أن الحكم الذى يصدر فى جريمة بالإدانة أو بالبراءة يعنى النظام العام فى المقام الأول ، فالمتهم إنما يدان أو يبرأ باسم المجتمع ولمصلحة المجتمع العليا .

أما فى الدعوى المدنية ، ولو كانت تنظر أمام المحاكم الجنائية ، فيكاد الإجماع ينعقد على أن حجية الأمر المقضى ليست من النظام العام . بل هى لا تعدو أن تكون دليلا على الحق ، والخصم يملك الحق نفسه ، ويملك النزول عنه ، ويستطيع أن يتفق مع خصمه على الطرق التى تتبع لإثباته كما قدمنا . فيجوز إذن للخصم أن ينزل عن حجية الأمر المقضى (١) . ولا يجوز للقاضى إثارتها من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك بها الخصم (٢) ، ولا يجوز للخصم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض (٣) ، وإن كان يجوز له التمسك بها فى أية حالة كانت عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع فى الدرجة الابتدائية وفى الدرجة الاستئنافية .

---

(١) نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٠ ص ١٦٢ . واستخلاص النزول عن حجية الأمر المقضى مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع (نقض مدنى ٢ يوليه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤٠ ص ٩٠٩) .

(٢) نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ — ٣٠ يونيه سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٧٥ ص ٤٧٦ (هيئة تحكيم أثارت حجية الأمر المقضى من تلقاء نفسها) .

(٣) نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٢ (وقد سبقت الإشارة إليه) — ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤ — نقض جنائى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٢ ص ٦٩٠ .

وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥ مدنى ـ كما سنرى ـ تأييداً لهذا الحكم ، بأنه لايجوز للمحكمة أن تأخذ بحجية الأمر المقضى من تلقاء نفسها[١] .

٧٦٦ – شروط قيام حجية الأمر المقضى – نص قانونى : ولحجية الأمر المقضى صور مختلفة . فقد يحتج بحكم جنائى أمام محكمة جنائية . وهذا من مباحث القانون الجنائى . والذى يعنينا هو أن يحتج بحكم مدنى أمام محكمة مدنية ، سواء صدر هذا الحكم من محكمة مدنية أو من محكمة جنائية . أما الاحتجاج بالحكم الجنائى الصادر من محكمة جنائية أمام محكمة مدنية – وهو ما عرضت له المادة ٤٠٦ مدنى إذ تنص على أنه « لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً » – فقد مضى القول فيه[٢] . فلا يبقى إلا الاحتجاج بحكم مدنى أمام محكمة مدنية ، وهذا الذى نقتصر عليه فى بحثنا هنا .

وفى هذا الصدد تنص المادة ٤٠٥ مدنى على ما يأتى : « ١ – الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى[٣] تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق . ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة . ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغير صفاتهم . وتعلق بذات الحق محلا وسبباً . ٢ – ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها »[٤] . ويتبين من هذا النص أن هناك شروطا يجب أن تتوافر لقيام حجية الأمر المقضى . وهذه الشروط قسمان : قسم يتعلق بالحكم . وآخر يتعلق بالحق المدعى به .

---

(١) ولكن يلاحظ أن مشروع تنقيح تقنين المرافعات المدنية والتجارية الجديد اشتمل على نص (م ١٠٥) يقضى بأن « الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها » . وعلى ذلك يكون الدفع بحجية الأمر المقضى من الدفوع المتعلقة بالنظام العام . فإذا أصبح هذا النص قانوناً ، نسخ الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥ مدنى لتعارضه معها . وعند ذلك يترتب عكس النتائج التى قدمناها . فلا يجوز للخصم أن ينزل عن حجية الأمر المقضى . ويجوز للقاضى إثارة الدفع من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك به الخصم ، ويجوز للخصم التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٩٣ – وانظر فقرة ٧٠٣ .

(٣) اقرأ « حجية الأمر المقضى » (انظر آنفاً فقرة ٧٦٤ فى الهامش) .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٩٠ (مطابق) – الليبى م ٣٩٣ (مطابق) – العراقى م ٥٠٣ (مطابق) – أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٣٠٣ (موافق) .

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها فى الحكم

٧٦٧ – شروط ثلاثة : لاتقوم حجية الأمر المقضى إلا إذا توافر فى الحكم شروط ثلاثة : (١) أن يكون حكما قضائيا (٢) أن يكون حكما قطعيا (٣) أن يكون التمسك بالحجية فى منطوق الحكم لا فى أسبابه .

٧٦٨ – الشرط الأول – حكم قضائى : يجب للتمسك بحجية الأمر المقضى أن يكون هناك حكم صادر من جهة قضائية .

فالفتوى . والقرار الإدارى[1]. وقرارات الحفظ الصادرة من النيابة العامة أوقاضى التحقيق أو غرفة الاتهام[2]. لا تكون لها حجية الأمر المقضى ، لأنها لاتصدر من جهة قضائية .

فلا بد إذن أن يصدر الحكم من جهة قضائية[3] لها الولاية فى الحكم الذى

---

(١) فيجوز للجهة الإدارية التى أصدرته أو جهة إدارية أعلى منها أن تسحبه أو تلغيه . ولكن هناك جهات إدارية ذات اختصاص قضائى ، كاللجنة الجمركية (نقض مدنى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٢٥) ولجان مخالفات الرى ولجان الشياخات ومجالس التأديب . فهذه تكون القرارات الصادرة منها حائزة لحجية الأمر المقضى فى حدود اختصاصها .

(٢) نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣ ص ٧ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩٥ ص ٧٢٣ – استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٧ – ٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢ .

(٣) ويستوى فى ذلك أن تكون جهة القضاء مدنية أو تجارية أو إدارية (أو جنائية بالنسبة إلى الدعوى المدنية) . وأن تكون جهة قضاء عادية أو جهة قضاء استثنائية كالمحاكم العسكرية بشرط ألا تجاوز الجهة الاستثنائية حدود اختصاصها . وأن تكون جهة قضاء قائمة أو جهة قضاء قد ألغيت كالمحاكم المختلطة .

ويكون الحكم الصادر من المحكمين حجية الأمر المقضى ، إذ التحكيم جهة قضاء نظمها القانون (نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٩ ص ٢٢٩–استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧ – وقارن نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١ ص ١٣) . ولا يشترط الحصول على أمر التنفيذ ليكون لحكم المحكمين حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص١٧٩) . ويلزم أن يكون قرار هيئة التحكيم قراراً باتا ملزماً ، فإذا كان القرار ليس إلا إجابة =

أصدرته . فإذا لم تكن للمحكمة ولاية لم يكن لحكمها حجية الأمر المقضى . ومن ثم لا تثبت حجية الأمر المقضى لحكم صدر من محكمة مدنية في مسألة تدخل في ولاية القضاء الإدارى [١] . ولكن يكون للحكم حجية الأمر المقضى إذا صدر من محكمة لها الولاية في إصداره حتى لو كانت هذه المحكمة غير مختصة ، سواء رجع عدم الاختصاص إلى الموضوع أو إلى المكان[٢] .

ثم إن المحكمة ذات الولاية يجب أن تكون قد أصدرت الحكم بموجب سلطتها القضائية (juridiction contentieuse) لا بموجب سلطتها الولائية (juridiction gracieuse) . فالتصديق على الصلح ، وإجراء القسمة قضائيا ، والتصديق على القسمة إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ،

= بالشركة أن تعد لها مساكن صحية ، فإن هذا القرار لا يخرج مخرج الإلزام ولا تنحسم به الخصومة ، ومن ثم لا يحوز حجية الأمر المقضى (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٦٧ ص ١١٤٦) .

أما الحكم الصادر من محكمة أجنبية ، ففي فرنسا يحوز حجية الأمر المقضى إذا ذيل بالصيغة التنفيذية (**exequatur**) . وفي مصر قضى بتطبيق مبدأ المعاملة بالمثل (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٤) . ولكن محكمة النقض قضت أخيراً بأنه متى كان الحكم الأجنبى صادراً بشأن حالة (**état**) الأشخاص بصفة نهائية ، ومن جهة ذات ولاية بإصداره بحسب قانونها وبحسب قواعد اختصاص القانون الدولى الخاص ، وليس فيه ما يخالف النظام العام في مصر ، فإنه يجوز الأخذ به أمام المحاكم المصرية ولو لم يكن قد أعطى الصيغة التنفيذية في مصر ولو كان شرط التبادل غير متوافر ، مادام أنه لم يصدر حكم من المحاكم المصرية واجب التنفيذ في نفس الموضوع وبين الخصوم أنفسهم (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩ ص ٧٤ – ٢٦ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢٩ ص ٩١٣) .

(١) على أنه إذا صدر الحكم من محكمة لا ولاية لها ، كانت له مع ذلك حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى هذه المحكمة أو إلى غيرها من محاكم الجهة ذاتها (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٣ ص ٤٩٦) . ويبقى الحكم حائزاً لحجية الأمر المقضى حتى لو تعارض مع النظام العام (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥ ص ٦٢) . ولكن لا حجية للحكم بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى . انظر أيضاً في وجوب استيفاء شرط الولاية نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٤ ص ٧٢١ .

(٢) فالحكم الصادر من محكمة مدنية تكون له حجية الأمر المقضى ، ولو كان المختص هو القضاء التجارى . كذلك الحكم الصادر من محكمة جزئية تكون له هذه الحجية ، ولو كان المختص هو المحكمة الكلية . ومن باب أولى يحوز حجية الأمر المقضى الحكم الصادر من محكمة كلية وهو من اختصاص محكمة كلية أخرى ، أو من محكمة جزئية وهو من اختصاص محكمة جزئية أخرى .

وتصديق المحكمة على الحساب الذى يقدمه الأولياء والأوصياء والقوام ، كل هذه أوامر تصدر من المحكمة بموجب سلطتها الولائية فلا تحوز حجية الأمر المقضى . وكذلك الحكم بتعيين وصى أوقيم فى غير خصومة ، وإقامة ناظر على الوقف فى غير خصومة كذلك . والإذن للأولياء والأوصياء والقوام فى مباشرة التصرفات ، والحكم بمرسى المزاد ، والأمر الصادر من رئيس المحكمة بإعطاء الدائن حق اختصاص . وقائمة التوزيع بين الدائنين فى غير ما يفصل فيه من مناقضات ومعارضات . وقرارات لجان المعافاة من الرسوم القضائية ، كل هذه تعتبر أوامر ولائية لا تحوز حجية الأمر المقضى(١) .

٧٦٩ – الشرط الثانى – حكم قطعى : ولا تكون حجية الأمر المقضى إلا لحكم قطعى (٢) ، وهو الحكم الصادر فى الموضوع بالبت فيه(٣) .

---

(١) أما حكم القضاء الإدارى بوقف تنفيذ أمر إدارى . أو حكم محكمة النقض بوقف تنفيذ حكم نهائى ، فهذا فصل فى خصومة يحوز حجية الأمر المقضى .

(٢) ويعتبر حكما قطعيا فتكون له حجية الأمر المقضى الحكم القاضى بالأساس الذى يجب أن يقام عليه تقدير أجرة الحكر (نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨ ص ٨٩) .

(٣) ويعتبر حكما قطعيا ، فتثبت له الحجية ، الحكم الذى يبت فى دفع سواء كان الدفع موضوعيا أو شكليا ، كالحكم بالاختصاص (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٧ ص ٣٨٢) ، والحكم بعدم قبول الدعوى أو بعدم جواز سماعها (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص ٩٨٦) – ٥ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٧ ص ١١٩ – ٥ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧١ ص ١٠٨٨ : لا حجية للحكم إذا كان لا يمس أصل الحق) ، والحكم ببطلان صحيفة الدعوى والحكم بقبول الاستئناف شكلا (نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٤٩ ص ٤٣١ – ١٩ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٣٧ ص ٢٣٥) . ويعتبر حكماً قطعيا كذلك ، فتثبت له الحجية ، الحكم الذى يبت فى نزاع يتصل بإجراءات الخصومة ، كالحكم بسقوط الخصومة وبانقضائها بمضى المدة وبتركها وباعتبار الدعوى كأن لم تكن . والحكم بوقف السير فى الدعوى لاتخاذ إجراء ضرورى حكم قطعى ، فإذا قررت المحكمة وقف السير فى دعوى فرز الحصة المرتونة على الخيرات حتى يفصل فى النزاع الخاص بالاستحقاق من المحكمة المختصة كان لحكم بوقف السير فى الدعوى حجية الأمر المقضى (نقض مدنى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٩٥ ص ٨٥٣) . أما إذا صدر حكم بوقف السير فى الدعوى مع تكليف الورثة برفع النزاع إلى القضاء الشرعى المختص فى خلال أجل معين ، فإن هذا الحكم فى شقه الأخير لا يعدو أن يكون حكماً تحضيرياً لا يجوز قوة الأمر المقضى . فيجوز العدول عنه من المحكمة التى أصدرته (نقض مدنى ٥ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٧ ص ١١٩) .

ولو كان حكماً ابتدائيا . فإذا لم يبت الحكم القطعى فى الخصومة على وجه حاسم ، لم يحز حجية الأمر المقضى ، وذلك كالحكم بغرامة تهديدية[١] والحكم برفض الدعوى بالحالة التى هى عليها[٢]. والحكم بإخراج خصم من الدعوى أو بعدم قبول تدخله[٣] .

أما الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع **(jugements d'avant-dire droit)** فهى ليست بأحكام قطعية . ولا تحوز حجية الأمر المقضى . فالأحكام التحضيرية والتمهيدية . كالحكم بالإحالة على التحقيق والحكم بتعيين خبير لمعاينة محل النزاع والحكم بتعيين خبير لتقدير الضرر الذى أصاب المدعى لا تكون لها حجية الأمر المقضى . ويجوز للمحكمة العدول عنها بعد إصدارها وقبل تنفيذها ، وإذا هى نفذتها لم تتقيد بالنتيجة التى أدت إليها . وقد نصت المادة ١٦٥ مرافعات على أن « للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من اجراءات الإثبات ، بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ، ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء ، بشرط أن تبين أسباب ذلك فى حكمها » . فألحق الحكم التمهيدى بالحكم التحضيرى فى جواز عدول المحكمة عن تنفيذ الحكم بعد إصداره ، وفى عدم التقيد بالنتيجة إذا نفذ الحكم[٤] .

---

(١) إذ أن الغرامة التهديدية تجوز إعادة النظر فيها بالزيادة أو الإنقاص أو الإلغاء (م ٢١٣ — ٢١٤ مدنى) .

(٢) فيجوز رفع الدعوى من جديد بعد تصحيح الحالة أو تغيرها . فإذا رفضت الدعوى لعدم حصول الخصم على الإذن اللازم جاز قبولها بعد حصوله على هذا الإذن ، وإذا لم تكن الحوالة نافذة فى حق المدين فحكم برفض الدعوى جاز رفع دعوى جديدة بعد أن تصبح الحوالة نافذة فى حق المدين (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٢٢ ص ١٢٣) .

(٣) لأن هذا الحكم اقتصر على البت فى رفض اشتراك شخص معين فى خصومة قائمة ، والحكم لا يمنع هذا الشخص من رفع دعوى مستقلة بطلباته دون أن يدخل فى الخصومة التى حكم برفض اشتراكه فيها .

(٤) نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨ ص ٦٨ — أول مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٤ ص ٣٨٢ — غير أنه يجوز أن يتضمن الحكم التمهيدى أو الحكم التحضيرى حكماً قطعياً يفصل فى مسألة من مسائل النزاع ، فيحوز هذا الحكم القطعى حجية الأمر المقضى ، وذلك كالحكم بإحالة القضية على التحقيق مع جواز إثبات الحق المتنازع فيه بالبينة أو بتحميل أحد الخصمين عبء الإثبات (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٤٢ ص ٢٧٩) ، أو الحكم بمبدأ الالتزام مع إحالة القضية على التحقيق لتحديد المبلغ الملتزم به (نقض مدنى ٦ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٢ ص ١٢٠) .

والأحكام المؤقتة . كالحكم فى دعاوى إثبات الحالة والحكم بالحراسة والحكم بنفقة مؤقتة والحكم الصادر من قاضى الأمور المستعجلة . لاتحوز حجية الأمر المقضى إلا فى حدود ما لها من صفة موقتة دون المساس بالحق[1] .

٧٧٠ — الشرط الثالث — التمسك بالحجية يكون فى منطوق الحكم لا فى أسبابه : لا تثبت الحجية فى الأصل إلا لمنطوق الحكم (dispositif) دون أسبابه (motifs) . والمنطوق هو الجزء من الحكم الذى يفصل فى نقط النزاع [2] . وقد يفصل المنطوق فى بعض نقط النزاع بطريق ضمنى . فتثبت

---

(١) ويترتب على ذلك أنه لا يجوز المساس بحكم مؤقت إذا بقى سببه قائماً ، ولا يجوز العدول عنه إلا إذا تغيرت الظروف التى أدت إلى إصداره . فالحكم المؤقت تكون له إذن حجية مؤقتة ، وتبقى هذه الحجية مادام سببه المؤقت قائماً ، فإذا زال السبب زالت الحجية (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥٠ ص ٤٣٨ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢ — ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٨٤ ص ٥٤٠ : حكم صادر بنفقة مؤقتة — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٩٠ ص ١٢٠٥ : حكم صادر من قاضى الأمور المستعجلة — ٣٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٢٤ ص ١٨٩ : حكم صادر بالنفقة فاعتنق الزوج الإسلام وطلق زوجته فسقط حكم النفقة بعد سنة من إيقاعه الطلاق) .

والقول بأن الاستئناف الوصفى يعتبر حكماً مؤقتاً لا يحوز إلا حجية مؤقتة ، ولا تتقيد به المحكمة عند نظر استئناف الموضوع ، إنما يصدق على ما يتضمنه قضاء ذلك الحكم من إجراء التنفيذ مؤقتاً أو منعه والأمر بالكفالة أو الإعفاء منها . أما قضاؤه بجواز الاستئناف وبقبوله شكلا فإنه يعتبر حكماً قطعياً ذا حجية دائمة ، ولا تملك المحكمة العدول عنه (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٩ ص ٩٨) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٧ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٣ — ١١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٨٠ — ويجب أن يفصل المنطوق فى نزاع كان محل مناقشة بين الخصمين . أما ما عسى أن يرد فى المنطوق من عبارات عارضة لم تكن محل مناقشة فليست لها حجية الأمر المقضى فلا حجية لحكم ذكر الورثة ولم يفصل فى نصيب كل منهم (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٨) ، أو وصف الخصم بأنه نائب نيابة قانونية دون أن تكون هذه الصفة محل مناقشة بين الخصوم (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٠) . وإذا قضى الحكم بإيجار أرض فضاء عن مدة معينة مضافا إليها الزيادة المقررة بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، ولم يكن توافق إرادة طرفى عقد الإيجار بشأن هذه الزيادة الطارئة على العقد موضع بحث أو مناقشة بينهما ولم يعرض لها الحكم فى أسبابه ، فإنه لا يكون للقضاء بها حجية تنسحب إلى الأجرة عن المدد اللاحقة لتاريخ ذلك الحكم لاختلاف الموضوع (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٧ ص ٢٦٠) .

الحجية لهذا المنطوق الضمنى مادام هو النتيجة الحتمية للمنطوق الصريح. فالحكم الذى قضى بصحة الإجراءات التى اتخذت لتنفيذ سند تكون له حجية الأمر المقضى فى صحة هذا السند ونفاذه، لأن الحكم بصحة الإجراءات يقتضى ضرورة صحة السند وقابليته للتنفيذ[١]. أما الحكم الذى يصدر برفض دعوى الاستحقاق لعجز المدعى عن إثبات ملكيته للعين، فلا تثبت له حجية الأمر المقضى إذا أتيح للمدعى أن يصبح الحائز فأقام الخصم الآخر دعوى الاستحقاق بدوره وأراد أن يستند إلى الحكم الأول لإثبات ملكيته. لأن هذا الحكم إنما قضى بأن خصمه غير مالك والحكم بذلك لا يستتبع حتماً أن يكون هو المالك[٢].

كذلك يشمل المنطوق الذى تثبت له الحجية ما قضى به لا فى الدعوى الأصلية فحسب، بل أيضاً فى الدعاوى والدفوع التبعية. فإذا دفع المدعى عليه الدعوى بدفع، أو أقام دعوى عارضة (demande recoventionnelle)، أو أثيرت مسألة أولية (question préjudicielle) من أى من الخصمين، فقضى الحكم فى كل هذا، فإن المنطوق الصادر فى جميع هذه المسائل الفرعية تكون له حجية الأمر المقضى كالمنطوق الصادر فى الدعوى الأصلية[٣].

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا طلب الدائن الحكم ببطلان الرهن الصادر من مدينه إلى دائن آخر بمقولة أن هذا الرهن عمل تواطؤ للهروب من الوفاء بدينه، وكان الطلب مقصوداً به القضاء ضمناً ببطلان القرض أيضاً، وقضى برفض الدعوى بناء على انعدام الدليل على علم الدائن المرتهن بالدين أو تواطئه مع المدين، كان هذا قضاء ضمنياً بصحة القرض المضمون بالرهن (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦ ص ٥٧). وانظر أيضاً: نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٠ ص ٩٦ – ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٢ ص ٦٤١.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم للمدعى بتقديم الحساب عن غلة عين يملكها دون أن يرد فى منطوقه ولا فى أسبابه ذكر لتكاليف ما أنشأه المدعى عليه فى العين من المبانى فى أثناء وضع يده، فهذا الحكم لا يمنع المدعى عليه المذكور من مطالبة المدعى فيما بعد بتكاليف هذا الذى أنشأه من ماله الخاص مادامت الملكية شيئاً وتكاليف البناء شيئاً آخر. ومادام الحكم لا يؤخذ منه حتماً وبطريق اللزوم العقلى أنه قضى فى شأن هذه التكاليف (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٢ ص ٥٠٩). وقضت أيضاً بأنه إذا طعن فى عقد بالتزوير ثم أخفق الطاعن فذلك لا يمنعه من أن يطعن فى ذات العقد بأنه وصية، لأن الطعن فى العقد بأنه وصية لا ينافى صدوره ممن أسند إليه (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤).

(٣) نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٥ ص ٦٣٢ – =

أما أسباب الحكم فلاتكون لها فى الأصل حجية الأمر المقضى . على أن هناك من الأسباب ما تكون له الحجية ، وهى الأسباب التى ترتبط ارتباطا وثيقاً بمنطوق الحكم ، تحدد معناه أو تكمله ، بحيث لايقوم المنطوق بدون هذه الأسباب ، وبحيث إذا عزل عنها صار مبهما أو ناقصا . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان منطوق الحكم مرتبطا ارتباطا وثيقاً بأسبابه ونتيجة لازمة لها ، فإن هذه الأسباب تحوز حجية الأمر المقضى . فإذا كان مدار النزاع فى الدعوى هو ما إذا كانت ملكية المدعى للأرض خالصة له وحده ، وقد قضت المحكمة للمدعى بطلباته ، وكان هذا الحكم نتيجة لازمة لما قدمته المحكمة فى أسباب حكمها من أن قسمة نهائية واقعية حصلت بين المدعى وشركائه فى الملك الشائع اختص بموجبها المدعى بأطيانه مفرزة . فإن هذا الحكم يكون حائزاً فى خصوص مسألة القسمة حجية الأمر المقضى ، مانعا من العود إلى المناقشة فيها فى أى دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع [1] . أما إذا كانت المحكمة قد عرضت ، تزيداً فى بعض أسباب الحكم ، إلى مسألة خارجة عن حدود النزاع المطروح عليها ، أو لم تكن بها حاجة إليها الفصل فى الدعوى ، فإن ما عرضت له من ذلك فى أسباب حكمها لاتكون له حجية الأمر المقضى [2] .

= ولكن الحكم بإجابة الطلب الأصلى لا يكون حجة فى رفض الطلب الاحتياطى (نقض مدنى ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٢ ص ٦٥٤) .

(١) نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٢ ص ٢٩٣ — وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٦ ص ٤٢٨ — ١١ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٤ ص ٣٦٢ — ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٨٢ — ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٠ ص ٤٨٢ — ٢٩ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٠ ص ٤١٢ — ٢٩ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٢ ص ٤٣٠ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٦١ ص ١٠٤٢ — ٦ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١١٠ ص ٧٨٦ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٧ ص ٦٢٠ — ٥ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٥٢ ص ٣١١ (قدرت المحكمة الجزئية خطأ قيمة الدعوى بما يزيد على ٢٥٠ جنيهاً ، وحكمت بعدم الاختصاص وبالإحالة إلى المحكمة الكلية ، وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ، فيكون حكم المحكمة الابتدائية قابلا للاستئناف ولو كان ذلك قد بنى على قاعدة غير صحيحة فى القانون) .

(٢) نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٢ ص ٢٩٣ — وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كان المدعون قد طالبوا بمبلغ ما على اعتبار أنه استحقاقهم فى ريع وقف =

وأما وقائع الدعوى فهي في الأصل لا حجية لها في دعوى أخرى . وإنما هي حجة بما جاء فيها في نفس الدعوى إذا طعن في الحكم بالنقض ، فتتقيد محكمة النقض بما أثبتته محكمة الموضوع من الوقائع ولاتبسط رقابتها إلا في مسائل القانون . ولكن قد تكمل بعض وقائع الدعوى منطوق الحكم بحيث يكون المنطوق ناقصا بدونها ، فتكون للوقائع عندئذ حجية الأمر المقضى فيما تكمل فيه المنطوق . وقد قضى بأنه إذا لم يوضح في منطوق الحكم مقدار الشيء المحكوم به ، وكان هذا المقدار مبينا في عريضة افتتاح الدعوى وفي وقائع الحكم ، ولم ينازع فيه الخصم ، ولم تمس المحكمة من جهتها المقدار المذكور بأى نقصان ، فإنه يتعين اعتبار وقائع الحكم ومنطوقه مكونين في هذه النقطة لمجموع واحد لايتجزأ بحيث يكون للحكم فيما يختص بذلك المقدار حجية الأمر المقضى[1].

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به

٧٧١ – شروط ثلاثة : لايكون للحكم حجية الأمر المقضى إلا إذا توافر أيضاً في الحق المدعى به شروط ثلاثة: (١) اتحاد الخصوم (identité de personnes) (٢) اتحاد المحل (identité d'objet) (٣) اتحاد السبب (identité

= عن مدة معينة ، فقضى لهم بهذا المبلغ ، وجاء في أسباب الحكم أنه كان يحق لهم أن يطالبوا بمبلغ أكبر عينه الحكم ، وصار هذا الحكم نهائيا ، فطالبوا بالفرق بين ما حكم لهم به وبين هذا المبلغ الذي عينه الحكم ، فرفضت المحكمة دعواهم على أساس ما أوردته في حكمها من أسباب ، منها أن تلك الإشارة إلى مبلغ أكبر الواردة في أسباب الحكم الأول لا حجية لها لخروجها عن نطاق الدعوى وعدم لزومها للفصل فيها وأنها إنما كانت دليلا للقضاء بموجبه لهم بالمبلغ الذي طلبوه على أنه كل مايستحقون لا جزء من استحقاقهم ، فلا تثريب في ذلك على المحكمة (نقض مدنى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠ ص ٥٤) . وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٥ ص ١٣٨ – ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٩ ص ٣٩٢–٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٦١ ص ١٠٩١ .

على أن أسباب الحكم التي لا تحوز حجية الأمر المقضى ، وهي التي لا تتصل اتصالا وثيقاً بالمنطوق ، قد يتمسك بها الخصوم أنفسهم في دعوى أخرى تالية ، وتكون من بين أدلة الإثبات التي يتقدمون بها ، فيقدر القاضي دلالتها كما يقدر أي دليل آخر .

(١) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠٤ ص ١٦٣ .

(de cause . وهذا هو مانصت عليه المادة ٤٠٥ مدنى . فيما قدمناه : إذ تقول : « ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم . وتعلق بذات الحق محلا وسببا»[1] .

٧٧٣ – الشرط الأول – اتحاد الخصوم : لايكون للحكم حجية إلا بالنسبة إلى الخصوم أنفسهم . فالحكم كالعقد لايسرى أثره إلا فى حق من كان طرفاً فيه . فإذا حصل المستأجر على حكم ضد المؤجر بتسليمه العين المؤجرة . فإن هذا الحكم لا يكون حجة إلا على المؤجر والمستأجر . أما المشترى للعين المؤجرة فهذا الحكم لا يكون حجة عليه . وله إذا لم يكن لعقد الإيجار تاريخ ثابت سابق على البيع أن يرفع الدعوى من جديد على المستأجر ليطرح نفس النزاع الذى سبق أن فصل فيه الحكم[2] .

والمراد باتحاد الخصوم هو اتحادهم قانونا لاطبيعة . فإذا كان لأحد الخصوم نائب مثله فى الدعوى . وكيل أو ولى أووصى أوقيم أوسنديك أوغير ذلك . فالحكم حجة على الأصيل لا على النائب[3] . ولاتمنع هذه الحجية النائب من أن يعود إلى رفع الدعوى من جديد بصفته أصيلا لانائبا . فإذا طالب أب بحق ادعاه لابنه بصفته وليا عليه فرفضت دعواه . فإن هذا الحكم لايمنع الأب من أن يعود إلى المطالبة بهذا الحق لنفسه بصفته أصيلا .والحكم على مستحق

---

(١) نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٦ ص ٣٠٣ – ١٢ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٦ ص ٤٤١ – ٦ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٣٥ ص ١٩٩ – ١١ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٥٧ ص ٣٣٥ .

(٢) ويرجع اشتراط اتحاد الخصوم إلى مبدأ حياد القاضى لا إلى الخشية من تعارض الأحكام ، فقد كان يكفى لمنع تعارض الأحكام أن يشترط اتحاد المحل واتحاد السبب ، فيكون الحكم فى مسألة معينة حجة فى نفس المسألة متى اتحد المحل والسبب . ولكننا اشترطنا أيضاً اتحاد الخصوم ، لأن الخصوم هم الذين تقدموا بإثبات ادعاءاتهم بالطرق التى ارتأوها وكانت فى أيديهم ، والقاضى محايد فى كل ذلك . فلايجوز أن يكون الحكم الذى يصدره فى هذا الجو المحايد حجة على خصوم آخرين لم يدخلوا فى الدعوى الأولى ، ولم يتمكنوا من تقديم ما يملكون هم من وسائل لإثبات ما يدعون ، والحقيقة القضائية ليست حقيقة مطلقة بل هى حقيقة نسبية .

(٣) ويشترط أن يكون النائب لم يجاوز حدود نيابته (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦١ ص ٢٠٩) – ومتى اختلف أشخاص الخصوم واتفق تمثيلهم فلا حجية (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤٢ ص ٤١٣) .

فى الوقف ليس حجة على الوقف ذاته[١] ، والحكم على خصم بصفته صاحب الحق المدعى به لايكون حجة عليه إذا رفع الدعوى من جديد باعتباره متنازلا له عن هذا الحق من صاحبه[٢] .

وليس الحكم حجة على الخصوم وحدهم . بل هو أيضاً حجة على خلف الخصم ، عاما كان أوخاصا . فهو حجة على الخلف العام كالورثة ، فهؤلاء يكونون محكوما لهم أو عليهم بحسب مايكون الحكم قد صدر لمصلحة مورثهم أوضده . وهو حجة على الخلف الخاص . ويشترط فى ذلك أن يكون الحكم متعلقا بالعين التى انتقلت إلى الخلف الخاص وأن تكون الدعوى التى صدر فيها الحكم قد رفعت وسجلت صحيفتها قبل انتقال العين إلى الخلف الخاص . فإذا صدر حكم على مالك أرض بوجود حق ارتفاق على هذه الأرض . وبعد رفع الدعوى وتسجيل صحيفتها باع المالك الأرض ، فإن الحكم فى هذه الحالة يكون حجة على المشترى باعتباره خلفا خاصا للبائع[٣] . وعلى العكس من ذلك ، إذا رفع شخص دعوى استحقاق على المشترى دون ادخال البائع خصما فى الدعوى . وحكم للمدعى بالاستحقاق . فإن هذا الحكم لايكون حجة على البائع[٤] .

---

(١) نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠٣ ص ٧٩٦ . والحكم الذى يصدر ضد ناظر الوقف بصفته ممثلا للوقف ماسا باستحقاق مستحقين لم يمثلوا بأشخاصهم فى الخصومة لا يكون حجة على هؤلاء المستحقين (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٦٩ ص ١١٦١) .

(٢) انظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧١ ص ٣٨١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر فى نزاع على ملكية عقار لا يكون نافذاً على من اشتروا وسجلوا عقدهم قبل رفع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم ، لأن من اشتروا قد أصبحوا بعد البيع ذوى حق خاص ، ولم يبق للبائع صفة فى المخاصمة بالنيابة عنهم بشأن هذا الحق ، وعلى ذلك فلا يكون للحكم الصادر فى دعوى تثبيت الملكية ضد البائع حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى المشترى (نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣) . وانظر أيضاً : نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص ٢٩٤ — ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ ص ٥٩٢ — ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ ص ٣٧٠ — ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٥ ص ٢٥١ — ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٢ ص ٢٤٣ .

(٤) نقض مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٧ ص ٦٣٥ .

ويكون الحكم أيضاً حجة على دائنى الخصم . فإذا صدر حكم على شخص باستحقاق العين التى وضع يده عليها فإن هذا الحكم يكون حجة على دائنى الشخص . ومن ثم لاتعتبر العين مملوكة لمدينهم ولايستطيعون التنفيذ عليها ، ويستوى فى ذلك أن تكون حقوق الدائنين تالية لرفع دعوى الاستحقاق أو سابقة عليها[١] . كذلك إذا صدر الحكم فى دعوى الاستحقاق لصالح المدين وقضى برفض دعوى المستحق . فإن هذا الحكم يكون حجة للدائنين[٢] . على أن تمثيل المدين لدائنه فى الأحكام التى تصدر عليه لايستقيم فى جميع الأحوال ، فهناك أحوال ثلاث يكون الدائن فيها من الغير بالنسبة إلى الحكم الذى يصدر ضد المدين ولا يسرى هذا الحكم فى حقه : (١) إذا تواطأ المدين مع خصمه فى الدعوى التى صدر فيها الحكم ضده وتعمد خسارتها إضرارا بدائنه أو أهمل إهمالا جسيما فى الدفاع عن حقه . فى هذه الحالة يحق للدائن أن يطلب اعتباره من الغير عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة (tierce - opposition)[٣] .

(٢) إذا صدر حكم فيما بين المدين وأحد دائنيه بأن للدائن حق امتياز أو حق أولوية من أى نوع كان . فإن هذا الحكم لايكون حجة على بقية الدائنين . ذلك أن التفاضل ما بين الدائنين أمر يخص هؤلاء الدائنين وحدهم ولا يمثلهم فيه المدين . فالدائن الذى لايدخل خصما فى الدعوى لايكون الحكم بتأخره عن دائن آخر حجة عليه ، بل إن الحكم بصحة الدين الصادر فى مواجهة المدين

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ نوفبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢٥ .

(٢) وإذا كان المدين يمثل دائنه فى الأحكام التى تصدر له أو عليه . فإن الدائن على العكس من ذلك لايمثل المدين . ويترتب على ذلك أنه إذا رفع الدائن دعوى باسم مدينه مستعملا حقه ، فإن الحكم الذى يصدر فى هذه الدعوى لايكون حجة على المدين ما لم يكن قد أدخل فى الدعوى (م ٢٣٥ مدنى) .

(٣) نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٥ ص ٥٢٠ — وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ مرافعات على أنه « يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم » . ولكن يلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين الدائن والغير . فالحكم الصادر ضد المدين يسرى فى حق الدائن ، إلى أن يتمكن هذا من إلغائه عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة ، وهو الطريق الوحيد المفتوح أمامه لتحقيق هذا الغرض . أما الغير ، والحكم لا يسرى فى حقه ، فيستطيع أن يتجاهل هذا الحكم دون أن يلجأ إلى اعتراض الخارج عن الخصومة ويستطيع أن يرفع دعوى مبتدأة دون أن يحتج عليه بالحكم إذ هو غير سار فى حقه كما قدمنا .

لا يمنع دائناً آخر لنفس المدين من أن يطعن فى هذا الدين بالصورية .(٣) الدائن المرتهن لا يمثله المدين . بالنسبة إلى العين المرهونة . إذا كان حق الرهن قد أصبح نافذاً فى حق الغير قبل رفع الدعوى. فإذا رفعت على المدين دعوى باستحقاق العين المرهونة ، وكسب المدعى دعواه ، فإن الحكم الصادر باستحقاق العين لا يكون حجة على الدائن المرتهن الذى قيد رهنه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق ما لم يكن هذا الدائن قد أدخل خصما فى هذه الدعوى . ونرى من ذلك أن الدائن المرتهن يعامل ، بالنسبة إلى العين المرهونة . معاملة الخلف الخاص .

أما غير الخلف العام والخلف الخاص والدائن العادى . فلا يكون الحكم حجة عليه (res inter alios judicata) . فالغيرية فى الحكم لا تختلف فى جوهرها عن الغيرية فى العقد . فلو صدر حكم ضد أحد الملاك فى الشيوع ، فإنه لا يكون حجة على بقية الملاك فى الشيوع ما داموا لم يختصموا فى الدعوى[1]. أما المدينون المتضامنون والدائنون المتضامنون . فإن الحكم الصادر لمصلحة أحد منهم يفيد الباقى . ولكن الحكم الصادر ضد أحد منهم لا يكون حجة على الباقين[2] .والورثة لا يمثل بعضهم بعضا ، ولا يسرى الحكم الصادر فى مواجهة أحدهم فى حق الباقى [3] . إلا إذا ثبت أن الوارث قد كان خصما فى الدعوى باعتباره ممثلا للتركة[4] .

---

(١) وكذلك الحكم الصادر لمصلحة أحد الشركاء فى الشيوع لا يجوز أن يحتج به باقى الشركاء فى الشيوع إذا لم يدخلوا خصوما فى الدعوى. وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر ضد مورث بالريع المستحق فى ذمته للمطعون ضده عن حصة الأخير المقضى بملكيته لها لا يعتبر حجة على ذلك المورث بالنسبة إلى الريع المستحق لشركاء المطعون ضده فى الملكية ، مادام أنهم لم يكونوا مختصمين فى دعوى الريع التى حكم فيها للمطعون ضده ولم يطلبوا الحكم لهم بشىء فيها أو توجه اليهم طلبات فيها (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢٥ ص ٨٧٨).

(٢) وكالتضامن عدم التجزئة .

(٣) نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٣ ص ٤٩٦ .

(٤) نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ – ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠ – وقد قدمنا أن الغير لا يجبر على الطعن فى الحكم الصادر ضد المدين باعتراض الخارج عن الخصومة ، لأن هذا الحكم ليس حجة عليه ولا يسرى فى حقه ، فهو فى غير حاجة إلى مهاجمته . ولكنه مع ذلك يستطيع أن يستبق الحوادث وأن يهاجم هذا الحكم ، =

٧٧٣ – الشرط الثانى اتحاد المحل : ولايكون للحكم حجية الأمر المقضى إلا بالنسبة إلى المحل ذاته الذى سبق طلبه فى الدعوى التى صدر فيها الحكم . فالحكم بتعويض عن ضرر يمنع من تجديد المطالبة بالتعويض عن نفس الضرر . ولكنه لايمنع من الحكم بتعويض آخر عن ضرر استجد من نفس الفعل الضار [1] . والعبرة بطلبات الخصوم التى فصل فيها الحكم . فإذا لم يطلب الخصوم الحكم على المدين وكفيله المتضامن بالتضامن . فإن الحكم الصادر باعتبار الكفيل غير متضامن لايمنع من العودة إلى المطالبة بالتضامن،

= فيطعن فيه باعتراض الخارج عن الخصومة . ولا يشترط لنجاح هذا الطعن إثبات التواطؤ أو الغش أو الإهمال الجسيم كما يشترط ذلك لنجاح طعن الدائن . وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥ مرافعات بذلك إذ نصت على ما يأتى « وكذلك يجوز للدائنين والمدينين المتضامنين وللدائنين والمدينين بالتزام غير قابل للتجزئة الاعتراض على الحكم الصادر على دائن أو مدين آخر منهم » .

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦٣ – والقاعدة فى معرفة ما إذا كان محل الدعويين متحداً أن يتحقق القاضى من أن قضاءه فى الدعوى الجديدة لا يعدو أن يكون مجرد تكرار للحكم السابق فلا تكون هناك فائدة منه . أو أن يكون مناقضاً للحكم السابق فيكون هناك حكمان متناقضان (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥) . فالحكم بصحة التوقيع لا يمنع من رفع دعوى بصورية العقد (نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٥ ص ٦١٠) . والحكم برفض دعوى الإبطال لا يمنع من رفع دعوى الفسخ (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣) . والحكم للمؤجر على المستأجر بالأجرة لا يمنع من دعوى الاستحقاق يرفعها المستحق على المؤجر بالملكية (نقض مدنى ٢٥ نوفبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١ ص ١٦٥) . والحكم ببطلان عقد بيع عقده ولى لايكون حجة فى دعوى بصحة بيع آخر صادر من نفس الولى (نقض مدنى ١١ نوفبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١ ص ١٠١) . والحكم فى دعوى قسمة لا يكون حجة فى دعوى صحة ونفاذ بيع واقع على عقار شملته القسمة (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٩ ص ١٢٧). والفصل فى مزية السكن المجانى للعمال لا يمنع من دعوى أحقية من عدا هؤلاء العمال فى النفع بالسكن مجانا فى المساكن التى تنشئها الشركة لعمالها (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥٤ ص ٣٩٢) . والحكم بصحة ونفاذ عقد البيع لقاء الثمن المبين بالعقد لا يمنع المحكوم عليه وهو شفيع أن يأخذ بالشفعة وأن يناقش فى صحة الثمن لأن الحكم الأول لم يتعرض لهذه المسألة (نقض ٢٨ نوفبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٩ ص ١١٩) . والحكم بالملكية لا يسد السبيل على المنازعة فى الريع (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٢٥ ص ٨٧٨) .

فإن هذا طلب جديد لم يكن موضوعا للخصومة الأولى[١] . كذلك إذا حفظ المدعى لنفسه الحق فى بعض الطلبات ، فالحكم فيما قدمه من الطلبات لا يمنعه من رفع دعوى جديدة للمطالبة بما احتفظ به من قبل . فإذا طلب المدعى الحكم برد العين المغصوبة وحفظ لنفسه الحق فى طلب الريع بدعوى على حدتها ، وقضت المحكمة له بالعين وختمت الحكم بقولها « ورفضت باقى الطلبات » ، فلا يعتبر هذا الرفض ساريا على طلب «حفظ الحق » . ويكون للمدعى أن يرفع دعوى بالريع[٢] .

والحكم فى شيء حكم فيما يتفرع عنه . فإذا صدر حكم برفض الادعاء بملكية عين أو برفض الادعاء بالدين ، فلا يجوز بعد ذلك رفع دعوى من جديد للمطالبة بريع العين أو بفوائد الدين[٣] .

وإذا كان الكل متكونا من أجزاء تعتبر غير متجزئة ، فالحكم فى الكل حكم فى الجزء . والحكم فى الجزء حكم فى الكل . فإذا حكم برفض دعوى الملك فى أرض زراعية بما يتبعها من أبنية وآلات ، فلا تجوز المطالبة بعد ذلك بملكية شيء من هذه الأشياء التابعة . والحكم فى جزء من التركة حجة فى جميع أجزائها[٤] . ومع ذلك فإن الحكم فى الكل لا يتضمن حتما الحكم فى الجزء ،

---

(١) ولكن إذا أغفل المدعى طلبا تحكم فيه المحكمة من تلقاء نفسها ، كطلب الحكم بمصروفات الدعوى على الخصم ، ولم تقض به المحكمة فى حكمها ، فإن هذا الحكم يمنع من المطالبة به فى دعوى جديدة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش ١٢١) .

(٢) استئناف وطنى ٣ يونيه سنة ١٨٩٣ الحقوق ١٢ ص ٢٦٥ — والحكم بتعويض مؤقت أمام محكمة جنائية لا يمنع من المطالبة بتكملة التعويض أمام المحكمة المدنية (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٣ ص ١٤٩٥) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المسألة الواحدة بعينها إذا كانت كلية شاملة ، وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذى ترتب عليه القضاء بثبوت الحق الجزئى المطلوب فى الدعوى أو بانتفائه ، فإن هذا القضاء يحوز حجية الأمر المقضى فى تلك المسألة الكلية الشاملة بين الخصوم بأنفسهم ، ويمنع الخصوم أنفسهم من التنازع بطريق الدعوى أو بطريق الدفع فى شأن حق جزئى آخر متوقف ثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة الكلية السابق الفصل فيها بين الخصوم أنفسهم أو على انتفائها (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤) — وانظر : نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦ — ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام القضاء ١٥ رقم ١٤٨ ص ٩٩٦ .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم بصحة الدين فى قسطين منه حجة بصحته=

فإذا صدر حكم برفض ادعاء الملكية فى أرض لم يمنع ذلك من ادعاء الملكية فى جزء شائع فى الأرض أو ادعاء حق ارتفاق أو حق انتفاع . ما لم يكن الحكم السابق قد بت فى أن المدعى لا يملك الأرض ولا أى جزء منها ولا أى حق فيها[1] . كذلك الحكم فى جزء لا يتضمن حتما الحكم فى الكل . فالحكم برفض ادعاء حق ارتفاق أو حق انتفاع لا يمنع من ادعاء الملكية كاملة . والحكم برفض الفوائد لا يمنع من المطالبة برأس المال .

والحكم الذى يقرر لأحد الخصوم حالة مدنية (état civil) يحوز الحجية بين الخصوم أنفسهم . مصطبغة بصبغتها النسبية فلا تتعدى إلى الغير[2] . على أن هناك نوعا من الأحكام تأبى طبيعته إلا أن تكون له حجية مطلقة . وهذه هى الأحكام التى تنشئ الحالة المدنية (jugement constitutif d'état) ولا تقتصر على الكشف عنها . فالحكم بالطلاق . والحكم بإبطال الزواج . والحكم بالحجر . كل هذه أحكام تنشئ حالة مدنية جديدة . وهى بطبيعتها

= فى القسط ... (استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٣٨) – وانظر أيضاً : نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٩ ص ٤٨٦ – استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٢٠ ص ٦١٣ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ – استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦ – ١٤ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٧ .

(١) استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٣ – والحكم بعدم تقادم دين لعدم اكتمال مدة التقادم لا يمنع من صدور حكم آخر بتقادم الدين متى اكتملت مدة التقادم بعد صدور الحكم السابق (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٨٠ ص ١٢٤٨).

(٢) وقد كان القضاء الفرنسى إلى عهد قريب يذهب إلى أن هذا الحكم تكون له حجية مطلقة فيسرى فى حق الناس كافة . ولكنه عدل أخيراً عن هذا الرأى وقرر أن الحجية نسبية فيما بين الخصوم فلا تتعدى إلى الغير (نقض فرنسى ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٥ – ١ – ٢٠١) .

وإذا قضى الحكم فى طلب يستلزم الفصل فى صفة عارضة . كانت حجيته أيضاً نسبية . فلا يكون حجة فى دعوى أخرى تثار فيها هذه الصفة من جديد . مثل ذلك أن تقضى المحكمة التجارية باختصاصها بنظر نزاع بين شخصين على أساس أن المدعى عليه تاجر . فصفة التاجر التى خلعها الحكم على المدعى عليه . وهى صفة عارضة . لا يحوز حجية الأمر المقضى فى دعوى أخرى يطلب فيها نفس المدعى شهر إفلاس نفس المدعى عليه . وللمحكمة فى الدعوى الثانية أن ترفض شهر الإفلاس على أساس أن المدعى عليه ليس بتاجر (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٧٨ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٩ ص ١٠٢٩ – ١٠٣٠) – وانظر : استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٨ – ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٨٠ (الحكم فى الجنسية كمسألة عارضة) .

تسرى فى حق الناس كافة . ولذلك يهيئ لها القانون عادة أوضاعا معينة تكفل لها العلانية(١) .

٧٧٤ – الشرط الثالث – اتحاد السبب : ويجب أخيراً . حتى يكون للحكم حجية الأمر المقضى . أن يتحد السبب . والسبب هو المصدر القانونى للحق المدعى به . فالمستأجر حين يطالب المؤجر بتسليم العين المؤجرة يكون السبب فى دعواه هو عقد الإيجار . فإذا رفضت دعواه على هذا الأساس لم يجز له أن يعود إلى رفعها من جديد مستنداً إلى عقد الإيجار نفسه مرة أخرى . أما إذا استند طلبه إلى سبب جديد . كعقد إيجار آخر أو عقد بيع ، فإن الدعوى الجديدة لا يجوز دفعها بحجية الأمر المقضى لاختلاف السبب(٢) . كذلك إذا طالب شخص بتسليم عين بسبب الميراث ورفضت دعواه ، فإن هذا لا يمنعه من العودة إلى المطالبة بها بسبب الوصية(٣) .

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٥ – ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٨ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ – ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٨ – وإذا كانت الحالة المدنية من شأنها أن تتغير . كما هو الأمر فى الحجر ، فإن الحكم القاضى بها تزول حجيته متى زالت أسبابه (نقض مدنى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤١ ص ٢٦٠) .

(٢) فيتغير السبب إذن إذا استند الخصم إلى عقد مماثل للعقد الذى صدر فى شأنه الحكم الأول . كعقد إيجار آخر أو عقد بيع آخر (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٢) ، فإن المماثلة بين السببين لا تمنع من ازدواجهما ، وحجة الأمر المقضى تقضى أن يكون السبب الثانى هو عين السبب الأول فلا يكفى أن يكون مماثلا له .

(٣) والحكم بعدم تزوير عقد صادر من المورث لا يمنع من العودة إلى الطعن فى هذا العقد باعتباره ساتراً لوصية (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣٧ ص ٩٨١) – وانظر فى اتحاد السبب : نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٨ ص ٨٤٠ – ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧ – ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٥ ص ٧٨١ .

وإذا كان تعدد السبب يمنع من التمسك بحجة الأمر المقضى ، فمن باب أولى يكون تعدد وكل من المحل والسبب مانعا من التمسك بهذه الحجية . ويترتب على ذلك أن الحكم الصادر فى دعوى من دعاوى وضع اليد لا يكون حجة فى دعوى الملكية ، ففى الدعوى الأولى المحل هو الحيازة والسبب هو وضع اليد مدة محدودة ، أما فى الدعوى الثانية فالمحل هو الملكية والسبب هو وضع اليد مدة أطول أو سبب آخر غير وضع اليد (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣) . =

ونرى من ذلك أنه قد يتحد المحل في الدعويين ويتعدد السبب . فيمنع تعدد السبب أن يكون للحكم الصادر في الدعوى الأولى حجية الأمر المقضى في الدعوى الثانية . وأكثر ما يتحد المحل ويتعدد السبب أن يكون المحل المتحد هو بطلان العقد وتتعدد أسباب البطلان . أو هو قيام الالتزام وتتعدد مصادره ، أو هو انقضاء الالتزام وتتعدد أسباب الانقضاء . أو هو قيام حق الملكية وتتعدد أسباب كسبها . فقد يطالب شخص ببطلان عقد ويجعل سبب البطلان عيباً في الشكل أو عيباً في الرضاء أو نقصاً في الأهلية أو خللا في المحل أو خللا في السبب. ولا تجوز المبالغة في تنويع السبب الرئيسى الواحد من أسباب البطلان . وإلا فقدت حجية الأمر المقضى قيمتها ولم تمنع من تأبيد الخصومات . فالعيب في الشكل لا يتعدد سببه مهما تعددت صور هذا العيب . والعيب في الرضاء لا يتعدد أياً كان هذا العيب غلطاً أو تدليساً أو إكراهاً . ونقص الأهلية لا يتعدد أياً كان السبب الذى يرجع إليه نقص الأهلية قصراً أو سفهاً أو غفلة أو عتهاً . وهكذا قل عن سائر الأسباب الرئيسية للبطلان . فإذا طعن شخص ببطلان عقد للتدليس ورفضت دعواه . لم يجز له أن يعود في دعوى جديدة يطعن في العقد بالإكراه[1] . وقد يطالب شخص بالتزام قام في ذمة شخص آخر ويجعل

= وحكم القضاء المستعجل ليس حجة أمام قاضى الموضوع (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٠٢ ص ٨٧٤) . ولكن الحكم بصحة ونفاذ العقد يحوز قوة الأمر المقضى بالنسبة إلى دعوى ترفع ببطلان هذا العقد (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٣ ص ٧١٦) .

(١) والضابط لوحدة السبب في البطلان هو ، فيما نرى ، أن يكون هناك سبب رئيسى واحد إذا انقسم إلى أسباب فرعية فإن كل سبب منها يستدعى السبب الآخر ، بحيث ترتسم كل هذه الأسباب الفرعية في مخيلة الخصم مندمجة في هذا السبب الرئيسى . فلا يفكر في واحد منها دون أن يفكر في الباقى ، فتتحقق وحدة السبب في هذا السبب الرئيسى . وهو يستغرق كل الأسباب الفرعية التى تندمج فيه فلا يتعدد السبب بتعددها . ويكون الحكم في أى سبب منها حكماً في الباقى . ومن ثم إذا طعن الخصم في العقد بالغلط دون غيره من عيوب الرضاء ، فالحكم برفض دعواه للغلط حكم برفض الدعوى للتدليس وللإكراه ، ذلك بأنه عندما طعن في العقد بالغلط لابد أن يكون قد استعرض بطريق التداعى التدليس والإكراه فاستبعدهما واقتصر على الغلط . إذ الطعن بالغلط ينفى الطعن بالتدليس ، فالتدليس غلط وقع فيه الخصم بسبب طرق احتيالية استعملت ضده ، ومادام لا يطعن إلا بالغلط فهو ينفى ضمناً أن هناك طرقاً احتيالية أوقعته في هذا الغلط . كذلك الطعن بالغلط ينفى الطعن بالإكراه ، لأن دعوى الغلط تفترض وقوع الخصم في وهم من غير علم بالواقع ، فهى تستبعد دعوى الإكراه التى تفترض خضوع الخصم للتعاقد عن علم بالواقع .
=

مصدر هذا الالتزام العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو غير ذلك من مصادر الالتزام . فإذا تمسك بالعقد جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالعمل غير المشروع . وإذا تمسك بالعمل غير المشروع جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالإثراء بلا سبب . ونرى أن العمل غير المشروع . بل المسئولية في مجموعها ، سبب رئيسي واحد لا يتعدد بتعدد أنواع المسئولية . فرفض دعوى المسئولية عن عمل معين يمنع من رفع دعوى جديدة بالمسئولية عن نفس العمل ولو كيفت المسئولية في الدعوى الأولى بأنها مسئولية عقدية وفي الدعوى الثانية بأنها مسئولية تقصيرية (١). وقد يطالب شخص بانقضاء التزام

= على أنه قد يحدث أن يطعن الخصم بالغلط ، جاهلاً وقت الطعن أنه إنما وقع في هذا الغلط بسبب طرق احتيالية استعملها له خصمه . فإذا كشف بعد صدور الحكم برفض دعواه الغلط عن هذه الطرق الاحتيالية ، جاز له أن يرفع دعوى جديدة بالتدليس ، على أن يثبت أنه لم يكشف عن هذا التدليس إلا بعد صدور الحكم في دعوى الغلط . كذلك يجوز أن يكون قد أكره على جانب من التعاقد وغلط في جانب آخر ، فرفع دعوى الإكراه قبل أن يكشف عن غلطه ، فإذا صدر حكم في دعوى الإكراه فإن هذا لا يمنعه من أن يرفع دعوى بالغلط ، على أن يثبت أنه لم يكتشف عن هذا الغلط إلا بعد صدور الحكم في دعوى الإكراه .

وغنى عن البيان أن من يطعن في العقد بالبطلان يستطيع أن يعود إلى المطالبة بالفسخ ، أو إلى الطعن بالدعوى البولصية . والطعن في العقد بالدعوى البولصية لا يمنع من العودة إلى الطعن بدعوى الصورية . فهذه كلها أسباب مختلفة . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى طلب الدائن في الدعوى إبطال البيع الحاصل من مدينه المفلس لصوريته صورة مطلقة . كما طلب إبطاله لصدوره منه في فترة الريبة ، فإن هذين الطلبين – وإن اتحدا محلاً وخصوماً – إلا أن السبب القانوني في كل منهما يختلف عن الآخر (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤٢ ص ٢٨٣) .

(١) وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة النقض في دائرتها المدنية (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٢٢ – ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٦ ص ١١٥) . أما الدائرة الجنائية لمحكمة النقض فتجرى على غير ذلك ، وتجعل من الخطأ العقدى والخطأ التقصيرى والخطأ الثابت والخطأ المفترض أسباباً مختلفة الحكم في أحدها لا يكون حكماً في الآخر (نقض جنائى ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢ – ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٣٩٤ ص ١٠٠٦) – انظر آنفاً فقرة ٣٨٣ والأحكام المشار إليها – هذا وقد قضت الفقرة الأخيرة من المادة ٤١١ مرافعات بما يأتى : « وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله تغيير سببه والإضافة إليه » . ، هذا الحكم يسمح لمن رفع دعوى المسئولية العقدية في محكمة أول درجة أن يستند إلى المسئولية التقصيرية في محكمة الاستئناف أو العكس ، وكذلك يجوز من باب أولى لمن استند إلى نوع من المسئولية التقصيرية في محكمة أول درجة أن يستند إلى نوع آخر من هذه المسئولية في محكمة الاستئناف .

ويجعل سبب الانقضاء الوفاء أو المقاصة أو الإبراء أو التقادم أو غير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام . فإذا تمسك بالوفاء جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالمقاصة ، أو تمسك بالإبراء جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم . فلا يوجد ترتيب خاص للتمسك بأسباب الانقضاء إلا ما يقتضيه حسن الدفاع . فمركز من يتمسك بالوفاء أولا ثم يتمسك بالإبراء بعد ذلك يكون ضعيفاً من الناحية الواقعية لما بين الدعويين من تعارض[١] . وقد يطالب شخص بملكية عين ويجعل سبب الملكية هو العقد أو الوصية أو الشفعة أو التقادم أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية . فإذا تمسك بالعقد جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالوصية ، أو تمسك بالتقادم جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالشفعة[٢] .

وقد يتحد السبب وتتعدد عليه الأدلة ، فيكون السبب فى هذه الحالة واحداً مهما تعددت أدلته . واقعية كانت هذه الأدلة أو قانونية . وعند ذلك يكون للحكم الصادر فى الدعوى الأولى حجية الأمر المقضى فى دعوى أخرى عاد فيها الخصم إلى نفس السبب ولكن ليقيم عليه دليلا آخر . فلا يقبل منه ذلك . فمن ادعى التخلص من دين بالوفاء . وأراد أن يتقدم على ذلك ببينة حكم بعدم جواز سماعها وقضى عليه بالدين . لا يجوز له بعد ذلك أن يرفع دعوى جديدة متمسكاً بالسبب نفسه وهو الوفاء وإن قدم عليه هذه المرة دليلا مكتوبا لمخالصة بالدين . ذلك بأن السبب هنا وهو الوفاء لم يتغير وإن تغير الدليل عليه من بينة إلى ورقة مكتوبة[٣] . وإذا ادعى شخص ملكية عين بسبب الشراء مستنداً

---

(١) كذلك لا يوجد ترتيب خاص للتمسك بأسباب الانقضاء وأسباب البطلان معاً ، فيجوز التمسك بسبب من أسباب الانقضاء ، قبل التمسك بسبب من أسباب البطلان ، كما يجوز التمسك بسبب من أسباب البطلان قبل التمسك بسبب من أسباب الانقضاء . ومن ثم يجوز التمسك بالمقاصة ثم بالغلط ، أو التمسك بالتدليس ثم بالتجديد .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٢ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٣ — الزقازيق الكلية ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٦١ ص ٢٥٨ — هذا وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن من رفضت دعواه فى الشفعة بصفته شريكاً له أن يرفعها بصفته جاراً (استئناف وطنى ١٧ مارس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١/١٤ ص ٢٨) . ولسنا نرى فى تعدد أسباب الأخذ بالشفعة إلا أسبابا فرعية ترجع إلى سبب رئيسى واحد ، والقضاء فى سبب منها قضاء فى سائر الأسباب .

(٣) على أنه إذا رفع الدائن دعوى بالدين ، ولم يدفع المدين بالوفاء فقضى بالدين ، فإن هذا =

إلى ورقة مكتوبة لإثبات عقد الشراء فرفضت دعواه . لم يجز أن يرفع دعوى جديدة متمسكاً بعقد الشراء نفسه وإن عرض أن يثبت الشراء بورقة أخرى أو بالبينة ولو كانت قيمة العين تجيزها . وذلك بأن سبب الملكية وهو عقد الشراء لم يختلف بل الاختلاف هو في أدلة الإثبات وهذا لا يجيز تجديد المنازعة[1] .

وقد ينشأ من السبب الواحد دعويان لصاحب الشأن الحق في اختيار إحداهما . فإذا اختار واحدة ورفض طلبه فيها كان للحكم بالرفض حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الدعوى الأخرى . فتكون هذه غير مقبولة إذا رفعت . مثل ذلك الاستغلال . فقد قضت المادة ١٢٩ مدنى بأن المتعاقد المغبون الذى استغله المتعاقد الآخر له أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته . فإذا اختار إبطال العقد وحكم برفض دعواه . فإن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضى فى دعوى جديدة يرفعها المتعاقد ويطلب فيها إنقاص التزاماته . ذلك بأن الحكم بالرفض قد استنفد السبب المشترك للدعويين معاً وهو الاستغلال. والعكس صحيح . فإذا رفضت دعوى إنقاص التزامات المتعاقد . لم يجز سماع دعوى الإبطال . كذلك إذا خسر مدعى الاستحقاق دعواه فى استحقاق نصيب شائع . كان الحكم حجة تمنعه من أن يرفع دعوى القسمة فى نفس العين الشائعة . إذ أن سبب الاستحقاق هو نفس سبب القسمة . وهو ملكية النصيب الشائع .

= الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الوفاء . ومن ثم يجوز للمدين . إذا عثر بعد ذلك على المخالصة بالدين . أن يرفع دعوى جديدة يطالب بها الدائن برد ما دفع إليه دون حق (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٤٢ ص ٨٢ – ٢٩ يونيه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/١٣٣ ص ٢٤٩ – استئناف مختلط ١٤ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢١ – ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨) . أما إذا دفع المدين بالوفاء وعرض الحكم لهذا الدفع وقضى برفضه ، فإن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الوفاء . ولا يجوز للمدين وإذا عثر بعد ذلك على المخالصة بالدين رفع دعوى جديدة باسترداد ما دفع دون حق (نقض مدنى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٧ ص ١٦ – استئناف وطنى ١٤ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ١١٣ ص ٥٢٧) . وانظر آنفاً فقرة ٥١٤ فى الهامش .

(١) انظر فى أن اختلاف الأدلة لا يجيز تجديد النزاع : نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٤ ص ١١٠١ – ١٣ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٥ ص ٣٥١ – ٢١ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٣ ص ٧١٦ .

فإذا استنفذ هذا السبب فى دعوى الاستحقاق فقد استنفذه أيضاً فى دعوى القسمة[1] .

٧٧٥ — فكرتان رئيسيتان فى حجية الأمر المقضى : وبعد فإن هناك فكرتين رئيسيتين تنتظمان كل ما قدمناه من شروط فى حجية الأمر المقضى : (الفكرة الأولى) هى ضرورة حسم النزاع ووضع حد تنتهى عنده الخصومات. فمادام قد صدر فى النزاع حكم قضائى قطعى . فإنه يحوز حجية الأمر المقضى فى منطوقه لا فى أسبابه . وذلك حتى نقف بالتقاضى عند حد معقول . وهذه الفكرة الرئيسية الأولى هى التى تنتظم الشروط الواجب توافرها فى الحكم .

(والفكرة الثانية) هى الحيلولة دون التناقض فى الأحكام مع مراعاة النسبية فى الحقيقة القضائية . فمادام الحكم قد صدر ما بين نفس الخصوم وفى ذات المحل ولعين السبب ، فالتقاضى مرة أخرى يؤدى إلى حكم . إن اتفق مع الحكم الأول فلا حاجة لنا به ، وإن خالفه وقعنا فيما نخشاه من التناقض . وهذه الفكرة الرئيسية الثانية هى التى تنتظم الشروط الواجب توافرها فى الحق المدعى به .

---

(١) انظر أيضاً نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٦ ص ٥٦٥ — ويلاحظ فى المثلين المتقدمين أن المحل فى الدعويين مختلف . ففى الاستغلال محل الدعوى الأولى هو إبطال العقد فى حين أن المحل فى الدعوى الأخرى هو إنقاص الثمن . وفى ملكية النصيب الشائع محل الدعوى الأولى هو استحقاق هذا النصيب ومحل الدعوى الأخرى هو قسمة الدين الشائعة . ومع أن المحل مختلف ، فإن الحكم فى الدعوى الأولى حجة فى الدعوى الأخرى كما رأينا . ويمكن تعليل ذلك بأن الحكم الذى رفض الدعوى الأولى تضمن رفض الدعوى الأخرى ، إذ استنفذ السبب المشترك للدعويين ، فيكون للحكم حجية ، لا باعتباره قد فصل صراحة فى الدعوى الأولى ، بل باعتباره قد فصل ضمنا فى الدعوى الأخرى .

الباب الثانى

آثار الالتزام

(Les effets des obligations)

تمهيد (*)

(١)

تنفيذ الالتزام

٧٧٦ – أثر العقد وأثر الالتزام : أثر العقد هو إنشاء الالتزام . أما أثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه . سواء كان الالتزام عقديا أو غير عقدى . وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينيا **(exécution en nature)** . أو تنفيذاً بمقابل **(exécution par équivalent)** عن طريق التعويض **(dommages-intérêts)** .

والأصل فى تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذا عينيا . فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به وذلك إذا توافرت شروط معينة سيأتى ذكرها . أما إذا اختل أحد هذه الشروط فإن التنفيذ يكون بمقابل ، فيقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينيا[1] .

(*) مراجع : أوبرى ورو وإسمان : طبعة سادسة – بودرى وبارد الجزآن الأول والثانى طبعة ثالثة – ديموج فى الالتزامات الجزآن السادس والسابع – بلانيول وريبير وردوان ٧ طبعة ثانية – بيدان ولاجارد الجزآن الثامن والتاسع طبعة ثانية – دى باج الجزآن الثانى والثالث طبعة ثانية – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ طبعة ثالثة – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ طبعة عاشرة – جوسران ٢ طبعة ثانية – أنسيكلوبيدى داللوز .

(١) وقد يكون التعويض هو ذاته تعويضا عينيا (**réparation en nature**) . فإذا التزم جار بألا يقيم حائطا فى أرضه يحجب النور عن جاره ، فإن التنفيذ العينى لهذا الالتزام هو ألا يقيم =

٧٧٧ – الضمان العام للدائنين : وجميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته. وهذا ما يسمى بالضمان العام (gage commun) للدائنين . والدائنون متساوون قانونا في هذا الضمان ، لا يتقدم أحد منهم على الآخرين إلا من خوله القانون ذلك بموجب حق خاص ، كرهن أو امتياز على مال معين . وعندئذ لا يتقدم على سائر الدائنين إلا بالنسبة إلى هذا المال وحده[1] .

والدائن ، قبل أن يتخذ الإجراءات التنفيذية ، قد يتخذ إجراءات تحفظية يكون الغرض منها المحافظة على أموال المدين حتى يتمكن من التنفيذ عليها .

وبين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية توجد مرحلة وسطى من الإجراءات . هي فوق الأولى ودون الثانية ، يمهد بها الدائن للتنفيذ ولا يقتصر على مجرد المحافظة على أموال المدين . هذه الإجراءات التمهيدية هي الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البولصية ، ودعوى الصورية ، وحبس مال المدين ، وشهر إعساره .

٧٧٨ – الموضوعات التي يتناولها هذا الباب : فهذه هي الموضوعات التي يتناولها هذا الباب في آثار الالتزام : التنفيذ العيني . ثم التنفيذ بطريق التعويض . ثم القاعدة التي تقضي بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته ،

= انهيار الحائط ، والتعويض العيني هو هدم الحائط بعد أن يكون الجار قد أقامه . ولكن التعويض العيني نادر في العمل . وأكثر ما يكون التعويض مبلغ من النقود .

(١) والمساواة ما بين الدائنين في التنفيذ على أموال المدين إنما هي مساواة قانونية لا مساواة فعلية . فالقانون يجعل لكل دائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه ، فإذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على مال للمدين ، كان لسائر الدائنين الحق في مشاركته في هذا التنفيذ ومقاسمته ما ينتج عنه مقاسمة الغرماء . ولكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانونا ، فقد تكون غير متيسرة فعلا . ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة : فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذ الدائن من إجراءات التنفيذ ، وإذا علموا فقد تكون إجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية ، وإذا كانت إجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بموجبه المشاركة الفعلية إذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع ، أو هي خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الأداء ، أو هي مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمي أو حكم قابل للتنفيذ . تلك هي وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية ، وإن كانوا جميعا متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا .

وما تتضمنه هذه القاعدة من الإجراءات التمهيدية وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية والحق في الحبس والإعسار.

وقبل ذلك – وفي هذا التمهيد – نتكلم في الالتزام الطبيعي والالتزام المدني. وهما يختلفان من حيث الجبر في التنفيذ. فالالتزام الطبيعي لا جبر في تنفيذه. وينفذ الالتزام المدني جبراً على المدين.

(٢)

الالتزام الطبيعي والالتزام المدني

٧٧٩ – الالتزام الطبيعي وسط في المرتبة بين الالتزام المدني والواجب الأدبي:

تنص المادة ١٩٩ مدني على ما يأتي: «١ – ينفذ الالتزام جبراً على المدين. ٢ – ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه»[1].

ويتبين من هذا النص أن الالتزام الطبيعي لا جبر في تنفيذه. على خلاف الالتزام المدني فيجبر فيه المدين على التنفيذ. والالتزام الطبيعي (obligation naturelle) وسط في المرتبة بين الالتزام المدني (obligation civile) والواجب الأدبي (devoir moral). ذلك بأن الالتزام الطبيعي واجب أدبي يدخل في منطقة القانون، فيعترف به القانون إلى مدى معين. وهذا المدى هو التنفيذ الاختياري. فلا يجبر المدين في الالتزام الطبيعي على التنفيذ القهري. ولكن التنفيذ الاختياري معتبر. فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه الطبيعي طوعاً وهو على بينة من أمره. أي إذا كان يعلم أن القانون لا يجبره على التنفيذ ولكنه مع ذلك يؤدي إلى الدائن ما يحس أن ضميره يلزمه بأدائه. فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه. إذ أن ما دفعه ليس هبة (libéralité) يجوز له الرجوع فيها. بل هو وفاء (paiement) لالتزام في ذمته. وهذا بخلاف الالتزام المدني. فإن هذا الالتزام لا يقتصر الأمر فيه على أن المدين إذا وفاه لا يستطيع أن يسترده. بل

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى: السوري م ٢٠٠ (مطابق) – الليبي م ٢٠٢ (مطابق) – العراقي لا مقابل (ولكن ذلك لا يمنع من أن تكون المبادئ العامة في التقنين العراقي تقر الالتزام الطبيعي) – اللبناني م ٢ (موافق).

أيضاً إذا هو لم يوفه أجبر على الوفاء[١] .

ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي ارتفعت منزلته في نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاما مدنيا . فهو وسط ما بين المرتبتين : سما عن أن يكون مجرد واجب أدبي ، ولم يبلغ أن يصير التزاما مدنيا . ومن ثم يقف في الحد الفاصل ما بين الأخلاق والقانون . وإذا كان النظام العام بابا تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية فتؤثر في القانون وروابطه ، فهذا هو الالتزام الطبيعي باب آخر تدخل منه هذه العوامل إلى القانون . والقاضي هو الذي يحدد الالتزامات الطبيعية ، كما هو الذي يحدد النظام العام ، مسترشداً في ذلك بآداب الجيل من ناحية المجموع وبواجب الضمير من ناحية الفرد . فإذا وقف أمام واجب أدبي لم يبلغ أن يكون التزاما مدنيا ، ولكنه قرر أنه التزام تحتمه أخلاق البيئة ويقضي به ضمير الفرد ، أقره التزاما طبيعيا ورتب عليه أثره . فلو أن فقيراً أنقذ مثريا من الغرق ، التزم المثرى نحو الفقير : (أولا) بما تجشمه الفقير من خسارة في إنقاذه ، وذلك بدعوى الفضالة . وهذا هو التزام مدني . (ثانيا) بإجازة الفقير على إنقاذه . وهذا هو التزام طبيعي . (ثالثا) بالإحسان إلى هذا الفقير من حيث هو فقير حتى لو لم يكن هو الذي أنقذه . وهذا هو واجب أدبي .

ونتكلم في الحالات التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي ، ثم في الآثار التي تترتب عليه .

٧٨٠ – الحالات التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي : تنص المادة ٢٠٠ مدني على ما يأتي : « يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام »[٢]

---

(١) فالالتزام المدني يشتمل على عنصرين : عنصر المديونية (Schuld) وعنصر المسئولية (Haftung) . أما الالتزام الطبيعي فلا يشتمل إلا على عنصر المديونية . والمدين بالتزام طبيعي مدين في حكم القانون فلا يستطيع استرداد ما وفاه وهذا هو عنصر المديونية قد توافر فيه . ولكنه لا يجبر على الوفاء وهذا هو عنصر المسئولية قد انفصل عنه .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢٠١ (مطابق) – الليبي م ٢٠٣ (موافق) – العراقي لا مقابل (ويمكن الأخذ بنظرية الالتزام الطبيعي دون نص) – اللبناني م ٣ (موافق) .

ويتبين من هذا النص أن البت فيما إذا كان واجب أدبي قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي أمر متروك تقديره للقاضي . هذا ما لم يوجد نص تشريعي يقضي في حالة معينة أن هناك التزاما طبيعيا فيجب إعمال النص[١] .

ويصعد الالتزام الطبيعي في أصله إلى القانون الروماني . وقد كان نتيجة مباشرة لما يحتويه هذا القانون من أوضاع ورسوم وأشكال . فكان هناك التزام طبيعي حيث يختل الشكل المطلوب[٢] . وفي القانون الفرنسي القديم توسع القانون الكنسي توسعا كبيراً في الالتزامات الطبيعية . فجعلها تمتد إلى كل التزام يوجبه الضمير[٣] . وفي القانون الحديث قامت النظرية التقليدية في الالتزام الطبيعي على الفكرة الرومانية الضيقة . لا على فكرة القانون الكنسي الواسعة[٤] . أما النظرية الحديثة فتركت النظرة الرومانية الضيقة إلى النظرة

---

(١) مثل ذلك ما ورد في المادة ١/٣٨٦ مدني من أنه « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي » .

(٢) وكذلك حيث توجد علاقة تبعية بين الدائن والمدين بأن يكون هذا ابنا لذاك أو عبدا له ، وحيث يكون المدين ناقص الأهلية . ففي هذه الحالات وغيرها تأبى الأوضاع الرومانية أن يقوم التزام مدني ، فيقوم بدلا منه التزام طبيعي تترتب عليه بعض آثار الالتزام المدني ، وهي آثار أبعد مدى مما يقره القانون الحديث كما سنرى . فكانت فكرة الالتزام الطبيعي من بين الوسائل التي تخفف بها القانون الروماني من الشكلية المغرقة التي كانت تحيط به .

(٣) ولكن دوما (**Domat**) تلقى فكرة الالتزام الطبيعي عن القانون الروماني . فجعله محصوراً في التزام المدين ناقص الأهلية بعد أن زالت الأشكال والأوضاع الرومانية . أما پوتييه (**Pothier**) فعلى النقيض من دوما نقل فكرة القانون الكنسي . وعارض بها فكرة القانون الروماني . فعنده أن الالتزام الطبيعي هو ما يلتزم به الإنسان أمام ضميره (**qui oblige dans le for de la conscience**) ، أما الالتزام المدني فهو ما يلتزم به أمام العالم الخارجي (**qui oblige dans le for extérieur**) (پوتييه في الالتزامات فقرة ١٩١) . على أن پوتييه كان يميز تمييزاً واضحا بين الالتزام الطبيعي والواجب الأدبي .

(٤) فالالتزام الطبيعي في هذه النظرية التقليدية يرتبط ارتباطا وثيقاً بالالتزام المدني ، ويبتعد كثيراً عن الواجب الأدبي . فهو في الأصل التزام مدني عاقه مانع قانوني عن أن يرتب آثاره . وهذا المانع قد يوجد منذ البداية عند نشأة الالتزام ، كأن يكون العقد قابلا للإبطال لنقص الأهلية . وقد يكون المانع جد بعد نشأة الالتزام وبعد أن تولدت آثاره ، كما يقع ذلك في التقادم أو في الصلح مع المفلس ، فينقضي الالتزام المدني ويتخلف عنه التزام طبيعي . وهذه النظرية التقليدية ، كما نرى ، تجعل الالتزام الطبيعي نوعا من الالتزام المدني ، فهو التزام مدني متحلل (**obligation civile dégénerée**) عاقه مانع قانوني عن أن يولد آثاره كاملة . وعيب هذه النظرية واضح ، فهي تحاول محاولة فاشلة أن تفصل ما بين منطقتي القانون والآداب فصلا تاما ، فتغفل في سبيل =

الواسعة التي اعتنقها القانون الكنسي[1] . ويمكن القول ، استخلاصا من هذه النظرية الحديثة ، أن للالتزام الطبيعي عناصر ثلاثة :

(العنصر الأول) واجب أدبي يتحدد بحيث يكون قابلا للتنفيذ ، فيخرج بذلك من دائرة الإبهام والغموض التي تغمرها عادة منطقة الواجبات الأدبية إلى دائرة التحديد والوضوح التي تميز منطقة الالتزامات المدنية . وهذا الواجب الأدبي إما أن يكون في أصله التزاما مدنيا ثم انقلب التزاما طبيعيا لسبب قانوني منع من أن يترتب عليه كل آثاره . أو أن يكون منذ البداية واجبا أدبيا أصبح التزاماً طبيعيا لتوافره على العناصر الثلاثة لهذا الالتزام . وهذا العنصر الأول هو العنصر المادي ، وفيه يسترشد القاضي بآداب الجيل من ناحية القابلية للتنفيذ في العمل .

(العنصر الثاني) إحساس المدين أن في ذمته التزاما طبيعيا . وليس من الضروري أن يكون هذا الإحساس قائماً فعلا عند المدين بالذات ، بل يكفي أن يكون من الواجب أن يقوم ، وأن يدخل في الاعتبار المألوف عند الناس أن مثل هذا الواجب مما ينبغي أمام الضمير أن يؤدى . ونرى من ذلك أن المعيار في العنصر الثاني موضوعي لا ذاتي . والعبرة فيه ليست بما يحس المدين فعلا ، بل بما ينبغي أن يحس ، بوعي الجماعة أو وعي الفرد المجرد لا بوعي المدين بالذات . وفي هذا ضبط للالتزام الطبيعي ، يستقر عنده التعامل . وهذا العنصر الثاني

= هذا الفصل المميز الأول للالتزام الطبيعي . ذلك أن الالتزام الطبيعي ليس إلا مظهراً لاعتراف بالواجبات الأدبية ، فيرقى بها في بعض الحالات إلى حد أن يرتب عليها أثراً قانونيا ، فيدخلها بذلك في حظيرة القانون . فالالتزام الطبيعي إذن هو واجب أدبي اعترف به القانون ، قبل أن يكون التزاما مدنيا متحللا . بل قد لا يكون بتاتا التزاما مدنيا متحللا ، وينشأ منذ البداية واجبا أدبيا يعترف به القانون ويدخله في منطقته . وهذا ما تكفلت ببيانه النظرية الحديثة .

(١) وإلى هذه النظرية الحديثة تشير محكمة الاستئناف المختلطة عندما قضت بأن المادة ٢٠٨ مدني (مختلط) ، بإحلالها لفظ « الواجب » محل عبارة « الالتزام الطبيعي » الواردة في المادة ١٢٣٥ مدني فرنسي ، قصدت أن تتوسع في فكرة الالتزام الطبيعي ، فتجعلها أكثر اتساقا مع حالة من الحضارة التزمت مستوى عاليا في فهم قوانين الشرف (**honneur**) ودقة السلوك (**délicatesse**). فيوجد الالتزام الطبيعي في جميع الأحوال التي يلتزم فيها شخص نحو آخر مدفوعا في ذلك ، لا فحسب بوازع من الضمير (**conscience**) أو بوازع من الشرف (**honneur**) ، بل أيضاً بوازع من دقة السلوك (**délicatesse**) (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

هو العنصر المعنوى ، وفيه يسترشد القاضى بواجب الضمير من ناحية وعى الجماعة.

(العنصر الثالث) عدم التعارض مع النظام العام . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٢٠٠ مدنى فى هذا الصدد ، على ما رأينا ، إنه « فى كل حال لايجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » . فإذا اتفق المتعاقدان على سعر للفوائد يزيد على ٧٪ أو خسر المدين فى مقامرة أو رهان . فإن ما دفعه المدين من فوائد تزيد على ٧٪ أو ما دفعه وفاء لدين المقامرة أو الرهان لايجوز أن يكون وفاء لالتزام طبيعى لتعارض ذلك مع النظام العام . ويكون للمدين الحق فى استرداد ما دفع (م ٢٢٧ مدنى وم ٧٣٩ مدنى) . وهذا العنصر الثالث هو عنصر المشروعية ، وفيه يسترشد القاضى بالأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام.

وحالات الالتزام الطبيعى التى تتوافر فيها هذه العناصر الثلاثة يمكن تقسيمها إلى طائفتين : (١) التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية ، وهى وحدها الالتزامات الطبيعية التى تقرها النظرية التقليدية . (٢) التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية ، وهذه الطائفة تضيفها النظرية الحديثة إلى الطائفة الأولى التى تقرها النظرية التقليدية .

(فالطائفة الأولى) هى التزامات نشأت فى الأصل التزامات مدنية ، وعاقها مانع قانونى من أن ترتب آثارها فتخلفت عنها التزامات طبيعية . ومن هذه ما قام المانع القانونى فيه منذ نشأته . كالعقد القابل للإبطال لنقص فى الأهلية ، فإذا تعاقد القاصر ولم يلحق العقد الإجازة كان له أن يطلب إبطال العقد فينقلب التزامه المدنى التزاما طبيعيا إذا أداه عالما مختارا لم يستطع أن يسترده[1] . ومنها ما نشأ التزاما مدنيا صحيحاً وولد آثاره ، ثم قام المانع

---

(١) استئناف وطنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ — ويذكر عادة مثل آخر هو عقد الهبة الباطل لعدم استيفاء الشكل ، فقد نصت المادة ٤٨٩ مدنى على أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ماسلموه» . وليس هذا تطبيقاً لالتزام طبيعى تخلف عن الهبة الباطلة ، وإلا لصلح هذا الالتزام الطبيعى أن يكون سببا لالتزام مدنى ، ولأمكن التحايل على الشكل فى الهبة عن طريق كتابتها فى ورقة عرفية ثم اتخاذها سببا لالتزام مدنى صحيح فى ورقة عرفية أخرى ، وهذا ما لا يجوز التسليم به . والصحيح أن التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل ، سواء من جهة الواهب أو من جهة ورثته ، إنما هو إجازة لعقد الهبة ، إذ البطلان المترتب على عيب فى الشكل قد تلحقه الإجازة إذا نص القانون على ذلك .

القانونى بعد ذلك . فانقضى التزاما مدنيا ليصبح التزاما طبيعيا . ومن أمثلة ذلك الالتزام المدنى إذا تقادم . فقد نشأ التزاما مدنيا وأنتج جميع آثاره . ثم قام بعد ذلك مانع قانونى من بقائه التزاما مدنيا وهو التقادم . فانقلب التزاما طبيعيا إذا أداه المدين مختارا لم يستطع استرداده (م٣٨٦/مدنى)[1]. ومن أمثلة ذلك أيضاً الالتزام المدنى الذى انقلب التزاما طبيعيا بحلف المدين اليمين الحاسمة ، أو بصدور حكم برفضه حائز حجية الأمر المقضى[2].

(والطائفة الثانية) هى التزامات بدأت واجبات أدبية . ثم ارتفعت منزلتها فأصبحت التزامات طبيعية[3] . ومن الأمثلة عليها الالتزام الطبيعى بالتعويض عن إغواء غير مصحوب بغش أوعن معاشرة غير شرعية بعد انتهاء هذه المعاشرة ، أما إذا صحب الإغواء غش فالالتزام بالتعويض يكون التزاما مدنيا ، وإذا لم يكن الغرض من الالتزام التعويض عن المعاشرة بعد انتهائها بل الإغواء على المعاشرة فإن الالتزام لايكون التزاما طبيعيا بل يكون التزاما مخالفاً للآداب لايتخلف عن بطلانه التزام طبيعى . كذلك التزام شخص بإجازة شخص آخر على خدمة أداها له (danation rémunératrice) . كإجازة خادم أخلص فى الخدمة أو وكيل أحسن آداء الوكالة أوطبيب أنقذ حياة المريض ، يرقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى . والتزام شخص بالنفقة على أقارب لاتلزمه النفقة عليهم قانونا[4] ، أو التزام الأب بتجهيز ابنته ، يرتفع التزاما طبيعيا نظراً لوجوب التضامن بين أفراد الأسرة[5] .

---

(١) استئناف وطنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ – ٩ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ٣٣٢ – مصر الكلية ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٤ ص ٨٨٠ .

(٢) كذلك الصلح مع المدين المفلس (concordat) الذى يتفق بموجبه المدين مع دائنيه على قضاء بعض الديون المدنية فى نظير انقضاء الباقى ، يجعل هذا الباقى الذى انقضى بالصلح ينقلب التزاما طبيعيا إذا أداه المدين مختارا بعد ذلك لم يستطع استرداده .

(٣) وذلك على النقيض من الطائفة الأولى التى وصلت إلى مرتبة الالتزامات المدنية ، وانحدرت بعد ذلك إلى مرتبة الالتزامات الطبيعية .

(٤) ويعد التزاما طبيعيا التزام المطلق بالنفقة على مطلقته بعد أن عاش معها مدة طويلة ، ثم طلقها فى وقت لا تستطيع فيه أن تبدأ حياة جديدة ودون أن تكون هناك أسباب خطيرة تدعو إلى الطلاق (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

(٥) ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعى يتاخم الالتزام المدنى فى مصادره الأربعة : العقد =

٧٨١ – الآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي : تنص المادة ٢٠١ مدني على ما يأتي : « لا يسترد المدين ما أداه باختياره ، قاصداً أن يوفي التزاما طبيعيا ». وتنص المادة ٢٠٢ مدني على ما يأتي : « الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني »[1] .

ويتبين من هذه النصوص أن كل عمل اختياري يقوم به المدين ، قاصداً به الوفاء في الحال أو في المستقبل بالالتزام الطبيعي ، يكون عملا معتبراً ولا يجوز الرجوع فيه . ويترتب على ذلك أن الوفاء الاختياري في الحال بالالتزام الطبيعي يجوز . وكذلك يصلح الالتزام الطبيعي سببا لإنشاء التزام مدني وهذا هو الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي في الاستقبال . ولكن لا يجوز أن يقاص الالتزام الطبيعي بدين آخر لأن المقاصة ضرب من الوفاء الجبري . وكذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي وإلا كان في هذا تنفيذ جبري للالتزام الطبيعي عن طريق تنفيذه على الكفيل .

فالوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي جائز ، ويعد وفاء لا تبرعا فلا يجوز الرجوع فيه . ويشترط في الوفاء أن يكون عن بينة واختيار . والوفاء يكون عن بينة إذا لم يشبه غلط أو تدليس . وعن اختيار إذا لم يشبه إكراه . فإذا

= والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . فالالتزام الطبيعي الذي بدأ التزاما مدنيا ثم انقلب التزاما طبيعيا يكون مصدره في العادة العقد ، فهو يتاخم الالتزام المدني العقدي . والالتزام الطبيعي بالتعويض عن الإغواء غير المصحوب بالغش أو بالتعويض عن المعاشرة غير المشروعة مصدره العمل غير المشروع . فهو يتاخم الالتزام المدني التقصيري . والالتزام الطبيعي بإجازة خدمة أديت مصدره عمل مشروع ، فهو يتاخم الالتزام المدني الذي يتولد من الإثراء بلا سبب . والالتزام الطبيعي بتجهيز البنت مصدره القانون . فهو يتاخم الالتزام المدني الذي يتولد مباشرة من القانون .

وقد منع كل هذه الالتزامات الطبيعية من أن تكون التزامات مدنية موانع ترجع إلى مقتضيات الصنعة القانونية ، لا إلى طبيعة الروابط . فالالتزام الطبيعي إذن هو توأم الالتزام المدني ، يسير إلى جانبه ، ولكنه يسير على هامش القانون ظلا للالتزام المدني . وإذا كان الالتزام المدني هو وليد الصنعة القانونية ، فإن الالتزام الطبيعي هو بمثابة رد الفعل لهذه الصنعة . ذلك بأن للصنعة القانونية مقتضيات لا تتواءم في كثير من الحالات مع طبائع الأشياء ، فحيث تقوم هذه المقتضيات متعارضة مع هذه الطبائع ، فإن الالتزام المدني لا يقوم خضوعا لمقتضيات الصنعة ، ويقوم الالتزام الطبيعي مطاوعة لطبائع الأشياء .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري ٢٠٢ – ٢٠٣ (مطابق) – الليبي م ٢٠٤– ٢٠٥ (مطابق) – العراقي لا مقابل – اللبناني م ٤ و ٦ و ٨ (موافق) .

اعتقد المدين خطأ ، سواء كان خطأه نتيجة غلط أو تدليس ، أنه مجبر على الوفاء ، أو أكره على الوفاء ، كان له أن يسترد ما وفاه بدعوى استرداد غير المستحق(١) . ولا يكفي أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً (م ٢٠١ مدنى) . وقد قدمنا عند الكلام فى قيام الالتزام الطبيعى ، أن هذا الالتزام يجب أن يرتفع فى وعى الجماعة إلى هذه المنزلة . وهنا ، ونحن نتكلم فى تنفيذ الالتزام الطبيعى ، نقول إنه يشترط أن يقع فى وعى المدين بالذات أنه ينفذ التزاماً طبيعياً . وهذا هو الذى يجمع فى الالتزام الطبيعى بين وعى الجماعة ومعياره موضوعى ، وبين وعى المدين بالذات ومعياره ذاتى ، الأول مطلوب لقيام الالتزام الطبيعى والثانى مطلوب لتنفيذه . فإذا نفذ المدين الالتزام الطبيعى عن بينة واختيار قاصداً أن يوفى بالتزام طبيعى ، كان هذا التنفيذ وفاء لا تبرعا كما سبق القول . ومن ثم لا يشترط فى الوفاء شكل التبرع ولا أهليته ، ولا يجوز الرجوع فيه حيث يجوز الرجوع فى الهبة. أما فيما بين المدين ودائنيه بديون مدنية فالوفاء بالتزام طبيعى يعتبر تبرعا ، فإذا وفى المدين المعسر بالتزام طبيعى كان فى استطاعته ألا يوفى به ، كان لدائنيه أن يطعنوا فى هذا الوفاء بالدعوى البولصية ويعتبروه تبرعا فلا يشترط سوء نية المدين . ويغلب أن يتحقق هذا عملا فى تجهيز الأب المعسر لابنته ، فإن التجهيز التزام طبيعى ، إذا وفى به المدين المعسر ، جاز لدائنيه الطعن بالدعوى البولصية فى هذا الوفاء باعتباره تبرعا لا معاوضة .

وكما يجوز الوفاء الاختيارى بالالتزام الطبيعى ، يجوز كذلك الوعد بالوفاء

---

(١) استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ – استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٤٦ – ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ – وكان القانون الرومانى لا يجيز استرداد ما دفع وفاء للالتزام الطبيعى حتى لو كان المدين اعتقد وقت الوفاء أن التزامه مدنى . وفى هذا الحكم – وفى غيره من الأحكام كما سنرى – يبين أن القانون الرومانى كان يرتب على الالتزام الطبيعى آثاراً أبعد مدى مما يرتب القانون الحديث . وسار المشروع الفرنسى الإيطالى (م٦٦) على هذا النهج ، فاكتفى بأن يكون الدفع تلقائيا (**spontané**) ، فيجوز الاسترداد إذا كان الوفاء نتيجة تدليس أو إكراه لأن الوفاء فى هاتين الحالتين لا يكون تلقائيا ، ولا يجوز الاسترداد إذا كان الوفاء نتيجة غلط لأن الغلط لا يمنع من تلقائية الوفاء .

به (promesse d'exécution)، ما دام هذا الوعد قد صدر عن بينة واختيار. فإذا كان المدين فى التزام طبيعى . بدلا من أن يفى بهذا الالتزام وفاء فعليا ، وعد أن يفى به ، فإن هذا الوعد يصبح ملزماً له(١) . ويكون الوعد فى هذه الحالة التزاما مدنيا يجبر المدين على الوفاء به. ويكون المدين قد وفى الالتزام الطبيعى بالتزام مدنى . ويجب أيضاً ـ كما فى الوفاء الاختيارى ـ أن يكون المدين قد قصد أن يوفى الالتزام الطبيعى بالتزام مدنى(٢) . فلا يكفى مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى ، فإن هذا لايدل ضرورة على قصد الوفاء به . فإذا عقد المفلس صلحاً (concordat) مع دائنيه ووفاهم جزءاً من الديون. ووعدهم فى الوقت ذاته بوفاء الباقى إذا انصلحت حالته (s'il revient à meilleure fortune)، ترك لقاضى الموضوع أن يستخلص نية المدين من وقائع الدعوى : هل قصد المدين بهذا أن يلتزم مدنيا بوفاء الباقى من ديونه فيكون هناك التزام مدنى فى ذمته معلق على شرط واقف هو انصلاح حاله ويكون الصلح ذاته معلقاً أيضاً على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بهذا الالتزام المدنى إذا أصبح مستحقاً ، أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى فى ذمته هو الوفاء بباقى ديونه متى تمكن من ذلك وفى هذه الحالة لايجبر على الوفاء ويبقى الصلح قائما حتى لو لم يوف بالباقى من ديونه مع قدرته على الوفاء(٣) . وقد اختلف الرأى

---

(١) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩ (تعهد بالاستمرار فى النفقة بعد المعاشرة) — ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨ (تعهد المخدوم خادمه التقديم بالعون والمساعدة) — انظر أيضاً : استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٢ — ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧ — ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٨ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١ — انظر أيضاً فى الالتزام نحو أشخاص يعتبرهم الملتزم أبناءه الطبيعيين : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص١٩١ — وفى التزام رب العمل نحو عامل مدة تجنيده : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ — لكن إذا صرفت شركة لأرملة موظف قديم مات ضحية حادث من حوادث العمل ولأولاده القصر نفقة شهرية مدة طويلة ، لم يتحول هذا الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١) .

(٣) وقد يستخلص قصد المدين من تفسير نية الدائنين أنفسهم وهل كانوا لا يعقدون الصلح لولا هذا التعهد فيكون التزاما مدنيا (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٩) . فإذا قام شك فى قصد المدين ، فسر الشك فى مصلحته ، ويكون قد قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى .

فى التكييف القانونى للوعد بالوفاء . ذهب رأى قديم إلى أن هذا الوعد يعتبر تجديداً للالتزام الطبيعى بالتزام مدنى(١) . وعيب هذا الرأى أنه يتعارض مع قواعد التجديد المعروفة . إذ التجديد يفترض تعديلا فى الالتزام الأصلى إما بتغيير محل الدين أو بتغيير سببه أو بتغيير أوصافه أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين . والوعد بوفاء التزام طبيعى لا يتضمن تغييراً فى شىء من ذلك بل هو يقلب الالتزام ذاته — محلا وسببا وأوصافا وأطرافاً — من التزام طبيعى إلى التزام مدنى . ومن ثم اختار التقنين المدنى الجديد الرأى الحديث فى الفقه . واعتبر الوعد بوفاء التزام طبيعى إنشاء لالتزام مدنى سببه الالتزام الطبيعى . وبذلك يكون من آثار الالتزام الطبيعى أنه يصلح سببا (cause) لإنشاء التزام مدنى(٢). ولما كان الوعد بوفاء التزام طبيعى ، كالوفاء الاختيارى بهذا الالتزام . لا يعتبر تبرعا . فهو لا يخضع لأحكام التبرع بل لأحكام المعاوضات من حيث الشكل ومن حيث الموضوع .

أما المقاصة . وهى تتضمن وفاء إجباريا بالدين ، فلا تجوز فى الالتزام الطبيعى . فإذا كان المدين بالتزام طبيعى له دين مدنى فى ذمة دائنه ، لم تقع المقاصة بين الدينين . وإلا كان فى هذا إجبار للمدين على الوفاء بالتزامه الطبيعى (٣) . ولكن يجوز بداهة أن يتمسك المدين بالتزام طبيعى بالمقاصة بين هذا الدين الذى فى ذمته ودين مدنى له فى ذمة الدائن ، إذ هو فى هذه الصورة

---

(١) انظر فى هذا المعنى استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ — استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٧ — ٢٢ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥١ . وانظر م ٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى وهى تصرح بأن تحويل الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجديد التعاقد .

(٢) والسبب هنا ليس هو نفس الالتزام الطبيعى ، بل هو قصد المدين تحويل هذا الالتزام إلى التزام مدنى ، فهذا هو الباعث الدافع له على الوعد . والوعد يتم بإرادة منفردة دون حاجة إلى قبول الدائن . ومن ثم يجوز لدائنى هذا الدائن أن يوقعوا حجزاً تحت يد المدين بمجرد أن يصدر منه الوعد دون انتظار لقبول الدائن .

(٣) وقواعد المقاصة ذاتها تقضى بذلك ، فمن شروطها أن يتساوى الدينان قوة وضعفا ، فلا يقاص التزام طبيعى فى التزام مدنى . وقد كان القانون الرومانى يجيز المقاصة بين التزام طبيعى والتزام مدنى ، وهنا أيضاً نرى هذا القانون يتوسع فى آثار الالتزام الطبيعى كما فعل عندما منع استرداد الوفاء بالتزام طبيعى ولو كان الوفاء عن غلط .

إنما يوفى التزامه الطبيعي اختيارا لا إجباراً[1] .

كذلك لاتجوز كفالة الالتزام الطبيعي إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الالتزام الطبيعي [2]. ذلك أن الكفالة على هذا النحو تفتح سبيلا لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعي عن طريق غير مباشر ، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء ، ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلي [3] . أما الشبهة التي تقوم في شأن كفالة ناقص الأهلية فمدفعة . ذلك أن المادة ٧٧٧ مدنى نصت على أن « من كفل التزام ناقص الأهلية . وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذ المدين المكفول» . فهذا النص قد أجاز أن يلتزم شخص بتنفيذ التزام ناقص الأهلية. إذا تمسك هذا بنقص أهليته . فكأن الالتزام الطبيعي الذى تخلف في ذمة ناقص الأهلية قد أجيزت كفالته بالتزام مدنى . ولكن الصحيح أن هذه الكفالة ليست كفالة تبعية بالمعنى المألوف . بل هي التزام أصلي أخذه على نفسه من تسمى بالكفيل . وعلقه على شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية بنقص أهليته ليتخلص من تنفيذ التزامه . على أنه يجوز أن يكفل الكفيل التزاما طبيعيا وتكون كفالته تبعية لاالتزاما أصليا . ولكن التزام الكفيل في هذه الحالة يكون هو أيضاً التزاما طبيعيا كالالتزام المكفول . ويتحقق هذا الفرض

---

(١) ولا يقبل الالتزام الطبيعي المقاصة في التزام طبيعي مثله . لأن المقاصة وفاء إجبارى الدين فتتعارض مع طبيعة الالتزام الطبيعي .

(٢) وكما لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية ، كذلك لا تجوز كفالة هذا الالتزام كفالة عينية ، ولا يجوز ترتيب رهن رسمي أو رهن حيازى لضمانه ، وذلك لنفس الأسباب التي لا تجوز من أجلها الكفالة الشخصية .

(٣) وقد كان القانون الروماني ، هنا أيضاً ، يجيز كفالة الالتزام الطبيعي بالتزام مدنى . وهذا وجه ثالث لتوسع القانون الروماني في آثار الالتزام الطبيعي ، وقد رأينا الوجهين الأولين في منع الاسترداد ولو كان الوفاء عن غلط وفي مقاصة الالتزام الطبيعي بالتزام مدنى . وكان القضاء المختلط في عهد التقنين المدنى السابق يجيز كفالة الالتزام الطبيعي (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

هذا ويلاحظ أن القانون الروماني كان يتوسع في الآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي ويضيق في الحالات التي يقوم فيها هذا الالتزام ، في حين أن القوانين الحديثة على النقيض من ذلك تتوسع في الحالات التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي وتضيق في الآثار التي تترتب على هذا الالتزام .

فيما إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالما بنقص أهليته ، فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى ، ومنها الدفع بنقص الأهلية . فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاما طبيعيا ولايجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه . لكن إذا وفاه مختارا لم يجز له استرداده . فإذا كان الذى وفى التزامه مختارا هو المكفول ناقص الأهلية فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معاً . لأن التزام الكفيل الطبيعى تبع لالتزام المكفول . وإن كان الذى وفى بالتزامه مختارا هو الكفيل . فقد قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده . كما لايستطيع الرجوع على المكفول ناقص الأهلية بما وفى . لأن التزام المكفول التزام طبيعى كما قدمنا لايجبر على وفائه ولوبطريق غير مباشر(١) .

٧٨٢ — الالتزام المدنى : بعد أن فرغنا من الكلام فى الالتزام الطبيعى ، لم يعد أمامنا إلا أن نواجه الالتزام المدنى . وهذه هى الصورة المألوفة للالتزام وإذا ذكرنا منذ الآن الالتزام دون تحديد . فإننا لا نقصد به إلا الالتزام المدنى .

وقد رأينا فيما تقدم أن تنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينيا ، أو أن يكون تنفيذاً بمقابل عن طريق التعويض . ورأينا أن القاعدة الجوهرية فى هذا الموضوع أن أموال المدين جميعا تكفل تنفيذ التزاماته . فنعالج إذن ، استعراضا لآثار الالتزام ، هذه الموضوعات الثلاثة فى فصول ثلاثة : (الفصل الأول) التنفيذ العينى . (الفصل الثانى) التنفيذ بطريق التعويض . (الفصل الثالث) القاعدة التى تقضى بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته ، وما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان .

---

(١) أما إذا انقلب الالتزام الطبيعى التزاما مدنيا عن طريق الوعد بالوفاء به على النحو الذى قدمناه ، فإنه تجوز كفالته بالتزام مدنى ، شأنه فى ذلك شأن أى التزام مدنى آخر . ويعد وعدا ضمنيا بوفاء التزام طبيعى أن يقدم المدين بهذا الالتزام كفالة شخصية أو رهنا أوكفالة عينية .

الفصل الأول

التنفيذ العيني

(Exécution en nature — Exécution directe)

٧٨٣ — متى يكون التنفيذ العيني وكيف يكون : نبدأ ببيان متى يكون التنفيذ العيني للالتزام ، ثم نذكر كيف يكون هذا التنفيذ .

الفرع الأول

متى يكون التنفيذ العيني

٧٨٤ — شروط أربعة : تنص المادة ٢٠٣ مدني على ما يأتي : « ١ — يجبر المدين ، بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ ، على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، متى كان ذلك ممكناً . ٢ — على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيما »(١) .

ويستخلص من هذا النص أن هناك شروطا أربعة لاقتضاء التنفيذ العيني : (١) أن يكون التنفيذ العيني ممكنا . (٢) أن يطالبه الدائن أو يتقدم به المدين . (٣) ألا يكون فيه إرهاق للمدين ، أو يكون فيه إرهاق ولكن العدول عنه إلى التعويض يلحق بالدائن ضررا جسيما . (٤) أن يعذر المدين .

٧٨٥ — الشرط الأول — أن يكون التنفيذ العيني ممكنا : فإذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلا ، سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو كانت بخطأ المدين ، لم تعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني . ورجع الدائن بالتعويض إذا كانت الاستحالة بخطأ المدين ، أو انقضى الالتزام دون تعويض إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢٠٤ (مطابق) — الليبي م ٢٠٦ (مطابق) — العراقي م ٢٤٦ (موافق) — اللبناني م ٢٤٩ (موافق) .

وإمكان التنفيذ العيني يرجع إلى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ . ففي الالتزام بنقل حق عيني . وفي الالتزام بعمل تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ . يكون التنفيذ العيني ممكنا بحكم القانون أو بحكم القاضي كما سيأتي . وفي الالتزام بعمل لا يقتضي تدخل المدين الشخصي . يكون التنفيذ العيني ممكنا . ولو بحصول الدائن على ترخيص من القضاء بالتنفيذ على نفقة المدين . وسيأتي بيان ذلك . وفي الالتزام بعمل يقتضي تدخل المدين الشخصي ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه . كما في عمل الرسام والفنان والممثل والطبيب والمهندس . إذا لم يلجأ القاضي إلى طريق التهديد المالي . أو لجأ إليه ولم ينتج . لم يبق إلا اعتبار التنفيذ العيني غير ممكن . وفي الالتزام بالامتناع عن عمل . إذا أخل به المدين وأقدم على العمل . أصبح التنفيذ العيني مستحيلا . ولكن التعويض العيني قد يكون ممكنا بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام . وقد يضاف إلى ذلك تعويض نقدي عن الضرر الذي حدث بفعل المدين (١) .

٧٨٦ — الشرط الثاني — أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم به المدين :

إذا كان التنفيذ العيني ممكنا . وطلبه الدائن . فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك مقتصراً على التقدم بتعويض . بل يجبر على التنفيذ العيني (٢) . وكذلك إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني . فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه . بل تبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العيني رضي به الدائن أو أباه (٣) .

---

(١) وكثيراً ما ترجع الاستحالة إلى ميعاد تنفيذ الالتزام . فقد لا يكون في تنفيذ الالتزام جدوى إذا جاوز ميعادا معينا . مثل ذلك تخلف عن الممثل في الميعاد المحدد وكإدارة معرض لم تقدم لأحد العارضين مكانا للعرض التزمت بتقديمه حتى انقضت أيام العرض . فإذا فات الميعاد الذي يجدي فيه تنفيذ الالتزام . أصبح التنفيذ العيني غير ممكن حتما . ولا مناص إذن من الاقتصار على طلب التعويض . وفي غير الحالة المتقدمة . قد لا يحدد ميعاد للتنفيذ . فيستطيع الدائن حينئذ أن يحدد للمدين ميعادا مناسبا وينذره في الوقت ذاته أنه لن يقبل الوفاء إذا جاوز هذا الميعاد ، فيمتنع التنفيذ العيني بعد هذا الميعاد إلا إذا أثبت المدين ألا ضرر منه على الدائن .

(٢) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ .

(٣) نقض مدني ١٢ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٧ ص ١١٨٧ — =

فإذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني ، ولم يتقدم به المدين ، فإنه يستعاض عن التنفيذ العيني ، حتى لو كان ممكنا ، بالتعويض . ويقوم هذا على أساس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين ، فما دام الدائن لم يطلب التنفيذ العيني بل طلب التعويض فكأنه ارتضى هذا مكان ذاك ، ومادام المدين لم يعرض التنفيذ العيني فكأنه قبل أن يدفع التعويض مكانه ، فيقع الاتفاق بين الجانبين على التعويض عوضاً عن التنفيذ العيني (١) .

٧٨٧ — الشرط الثالث — ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين ، أو يكون فيه إرهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضررا جسيما :

وقد يكون التنفيذ العيني ممكنا ، ومع ذلك يعدل عنه المدين بإرادته وحده ويقتصر على دفع تعويض نقدي ، على أن يتوافر أمران : (أولا) أن يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين . ولا يكفي مجرد العسر بل يجب أن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة جسيمة ، ويترك التقدير في ذلك للقاضي (٢) . (ثانيا) ألا يلحق الدائن من جراء العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضرر جسيم ، فإذا كان الدائن يلحقه ضرر جسيم ، ولو كان في التنفيذ

= وكالتنفيذ العيني التعويض العيني (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٢ ص ٦٨٢) .

(١) ونرى من ذلك أن التعويض ليس التزاما تخييريا ، إذ لا يملك الدائن وحده أو المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني . وليس هو التزاما بدليا ، إذ لا يملك المدين وحده أن يتقدم بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني . وكالتعويض الشرط الجزائي لأنه ليس إلا تعويضاً قدره الطرفان ، أما العربون فقد قدمنا أنه التزام بدلي .

وإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بغير سبب أجنبي ، وأصبح المدين مسئولا عن التعويض ، فليس معنى ذلك أن الالتزام بالتنفيذ العيني قد انقضى وحل محله التزام جديد بالتعويض . بل إن التزام المدين واحد لم يتغير ، والذي تغير هو محل الالتزام ، فبعد أن كان تنفيذاً عينيا أصبح تعويضاً ، فتبقى الضمانات التي كانت تكفل التنفيذ العيني كافلة للتعويض .

(٢) وشرط الإرهاق هذا تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة ، وقد رأينا تطبيقات مماثلة في عقود الإذعان وفي الظروف الطارئة وفي مواطن أخرى كثيرة . ويمكن إرجاع ذلك أيضاً إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فمن حق الدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني مادام ممكنا ، ولكنه يكون متعسفاً في هذا الطلب فلا يجاب إليه إذا تبين من الظروف أن التنفيذ العيني مرهق للمدين دون أن تكون هناك فائدة منه تعود على الدائن ، تتعادل مع إرهاق المدين .

العينى إرهاق للمدين ، وجب الرجوع إلى الأصل وهو التنفيذ العينى[١] . وإذا كان لابد من إرهاق المدين أو تحميل الدائن ضررا جسيما ، فالأولى بالرعاية هو الدائن لأنه يطالب بحقه فى غير تعسف.

ومن التطبيقات لما قدمناه ما تقضى به المادة ١٠١٨ مدنى من أنه عند مخالفة قيود البناء تجوز المطالبة بإصلاحها عينا . ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك[٢] .

٧٨٨ — الشرط الرابع — إعذار المدين : وإعذار المدين واجب فى التنفيذ العينى إذا كان المقصود أن يكون هذا التنفيذ قهريا[٣] . أما إذا كان التنفيذ العينى يتحقق بحكم القانون أو قام به المدين مختارا فظاهر أنه لاحاجة للإعذار فى هاتين الحالتين .

ويترتب على ذلك أنه إذا لم يقم الدائن بإعذار المدين قبل مطالبته قضائيا بالتنفيذ العينى ، جاز للمدين حتى بعد المطالبة القضائية أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العينى ، فيخسر الدائن فى هذه الحالة مصروفات التقاضى . ولا يصح كذلك أن يطالب الدائن المدين بتعويض عن تأخره فى تنفيذ التزامه تنفيذاً عينيا لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية . على أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر إعذارا ، فيجب على المدين أن يبادر إلى تنفيذ التزامه بمجرد أن توجه إليه المطالبة القضائية . وإلا كان مسئولا عن تأخره .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التنفيذ العينى للالتزام هو الأصل ، والعدول عنه إلى التعويض النقدى هو رخصة لقاضى الموضوع يستخدمها كلما رأى فى التنفيذ العينى ارهاقا للمدين وبشرط ألا يلحق ذلك ضررا جسيما بالدائن (نقض مدنى ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩٦٩) .

(٢) فهنا يقضى النص بالاقتصار على التعويض دون الهدم . والهدم إنما هو فى الحقيقة تعويض عينى لا تنفيذ عينى ، ولكن التعويض العينى فيما نحن بصدده لا يختلف عن التنفيذ العينى . قارب نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة ٤ رقم ١٥ ص ١٣٧ .

(٣) وفى عهد التقنين المدنى السابق كان هناك خلاف فيما إذا كان الإعذار ضروريا للتنفيذ العينى (انظر فى ضرورته استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ — ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣ — وانظر فى عدم ضرورته استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ — ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠) . وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بنص صريح . إذ أوجب الإعذار عند المطالبة بالتنفيذ العينى (م ٢٠٣/١ مدنى) .

ولما كان الإعذار إنما يكثر وقوعه عند المطالبة بالتعويض لا بالتنفيذ العيني ، فنرجئ الكلام في كيفيته وفي الآثار التي تترتب عليه إلى المكان الذي نتكلم فيه على التنفيذ بطريق التعويض .

الفرع الثاني

كيف يكون التنفيذ العيني

٧٨٩ – مسألتاد : نتكلم هنا في مسألتين : (أولا) موضوع التنفيذ العيني (المديونية) . (ثانيا) وسائل التنفيذ العيني (المسئولية) .

المبحث الأول

موضوع التنفيذ العيني

٧٩٠ – تقسيم الالتزام بالنسبة إلى محله : موضوع التنفيذ العيني هو عين محل الالتزام . وقد رأينا أن الالتزام ينقسم ، بالنسبة إلى محله ، إلى أنواع ثلاثة : (١) الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر . (٢) الالتزام بعمل . (٣) الالتزام بالامتناع عن عمل .

المطلب الأول

الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر

٧٩١ – محل التزام شيء معين بالذات بملكه الملتزم : تنص المادة ٢٠٤ مدني على ما يأتي : « الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل »[١] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢٠٥ (مطابق) – الليبي م ٢٠٧ (مطابق) – العراقي م ٢٤٧ (مطابق) – اللبناني لا مقابل (ولكن انظر في عقد البيع المواد ٣٩٣ إلى ٣٩٥ وهي موافقة في أحكامها لأحكام التقنين المصري) .

ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عيني يتم تنفيذه من تلقاء نفسه بحكم القانون، إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه المدين . ويجب التمييز في هذا الصدد بين المنقول والعقار .

فإذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام منقولا . فإن الالتزام بنقل حق عيني على هذا المنقول يتم تنفيذه بمجرد نشوئه . فإذا باع شخص سيارة معينة بالذات لآخر . كان ملتزما بنقل ملكية السيارة إلى المشتري . ومتى نشأ هذا الالتزام في ذمة البائع تم تنفيذه في الحال . وانتقلت الملكية إلى المشتري ولو قبل التسليم[1] .

أما إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقارا . كدار أو أرض محددة . فإن الالتزام بنقل حق عيني على هذا العقار لا يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، بل تجب مراعاة قواعد التسجيل بالنسبة إلى الحقوق العينية الأصلية كالملكية والارتفاق والانتفاع . وقواعد القيد بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية كالرهن والاختصاص . على أن عدم التسجيل أو القيد لا يمنع من نشوء الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني ، لأن هذا الالتزام إنما ينشأ من العقد . والتسجيل أو القيد إنما ينفذ الالتزام لا ينشئه . فإذا باع صاحب الدار داره لآخر . لم تنتقل ملكية الدار إلى المشتري . سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين ، إلا بتسجيل عقد البيع . وإذا رهنها في دين عليه . لم ينشأ حق الرهن لمصلحة الدائن . بالنسبة إلى الغير . إلا بقيد الرهن . وقبل تسجيل البيع يبقى الالتزام بنقل الملكية دينا في ذمة البائع . يتراخى تنفيذه إلى وقت التسجيل . ويكون البائع في الوقت ذاته ملتزما بان يقوم بالأعمال اللازمة لتسجيل البيع . وأخصها التصديق على الإمضاء . فإذا لم يقم بهذا الالتزام استطاع المشتري أن يحصل

---

(١) فلو أن صاحب السيارة باعها إلى (ا) . ثم باعها مرة أخرى إلى (ب) ، ولم يسلمها لأي منهما . انتقلت الملكية إلى (ا) المشتري الأول دون (ب) المشتري الثاني . فإذا سلمها إلى (ا) . يكون قد سلمها إلى مالكها . أما إذا سلمها إلى (ب) . فإن هذا يصبح مالكا للسيارة بشرط أن يكون حسن النية ، ولكنه لا يملكها بسبب البيع بل بسبب آخر هو الحيازة . وليس يمنع هذا من أن تكون ملكية السيارة قد انتقلت أولا إلى (ا) بحكم البيع . ثم انتقلت بعد ذلك إلى (ب) بحكم الحيازة . يدل على ذلك أن (ب) يتلقى الملكية في هذه الحالة لا من صاحب السيارة الأصلي الذي تجرد عن الملكية بالبيع الأول كما قدمنا ، بل عن (ا) المشتري الأول الذي انتقلت إليه الملكية دون أن يتسلم السيارة . ويرجع (ا) على البائع بضمان الاستحقاق .

على حكم من القاضى بثبوت البيع أو بصحته، وقام الحكم مقام العقد المصدق عليه ، فإذا سجله المشترى انتقلت إليه الملكية (م ٢١٠ مدنى) . أما الالتزام بإنشاء رهن على العقار ، فلا يخضع للتسجيل . ومتى تم عقد الرهن ، ونشأ بموجبه التزام الراهن بترتيب حق الرهن على العقار ، فإن هذا الالتزام يتم بمجرد نشوئه وفقاً للقاعدة العامة ، ولكن ذلك يقتصر على العلاقة فيما بين الراهن والمرتهن ، ويكون القيد ضروريا فى سريان الرهن فى حق الغير[1] .

٧٩٢ – محل الالتزام شىء لم يعين إلا بنوعه : تنص المادة ٢٠٥ مدنى على ما يأتى : « ١ – إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شىء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشىء . ٢ – فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشىء من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض»[2] .

ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عينى على شىء غير معين بالذات لا يتم تنفيذه من تلقاء نفسه كما فى الشىء المعين بالذات ، لأن الشىء قبل تعيينه غير معروف ، فيستحيل أن تنتقل ملكيته أو أى حق عينى آخر يتعلق به إلى الدائن قبل هذا التعيين .

فإذا كان الشىء الذى لم يعين إلا بنوعه نقوداً ، فإن المدين يلتزم بقدر عددها دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر . وقد رأينا عند الكلام فى محل العقد أن السعر الإجبارى (cours forcé) للورق النقدى ، مهما انخفض هذا السعر من جراء التضخم ، لا يغير شيئا من حكم هذه القاعدة ، وأن الاتفاق على الدفع بسعر الذهب (clause or) باطل لمخالفته للنظام العام ، سواء كان ذلك فى التعامل الداخلى أو فى التعامل

---

(١) على أن الحق العينى العقارى – ملكية كان أو حقاً آخر – الذى ينتقل للدائن يكون خاضعا للحقوق العينية العقارية الأخرى التى تكون قد حفظت من قبل بالتسجيل أو بالقيد . فالمشترى للعقار تنتقل إليه ملكيته بتسجيل عقد البيع ، ولكنها تنتقل مثقلة بحق رهن قيد أو بحق ارتفاق سجل قبل تسجيل عقد البيع .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٠٦ (مطابق) – الليبى م ٢٠٨ (مطابق) – العراق م ٢٤٨ (مطابق) – اللبنانى م ٢٥٠ (موافق) .

الدولى (١) . فإذا كان على المدين أن يدفع للدائن قدرا معيناً من النقود ، وجب أن يدفع له هذا القدر العددى دون زيادة أو نقص ، ولا تنتقل ملكيته إلى الدائن إلا عند القبض . ولا يكفى الإفراز . فلو أن المدين أفرز من ماله القدر الواجب دفعه من النقود ، بقيت ملكية النقود له لأن النقود لا تتعين بالتعيين ، وللمدين أن يعدل عن دفع ما أفرزه وأن يدفع مبلغاً آخر بدلا منه ، ولا تنتقل ملكية النقود إلى الدائن إلا بعد قبضها . والتنفيذ العينى بدين من النقود ممكن دائماً طوعا أو جبراً ، ويكون جبراً بطريق التنفيذ على مال المدين وبيعه واستقضاء الدين نقداً من الثمن .

أما إذا كان الشيء الذى لم يعين إلا بنوعه ليس نقوداً ، فإن انتقال ملكية هذا الشيء أو أى حق عينى آخر يتعلق به إلى الدائن يكون بالإفراز ولو قبل التسليم . فلو أن شخصاً باع لآخر خمسين أردبا من القمح ، وجب إفراز هذه الكمية حتى يتعين المبيع ، وبمجرد الإفراز تنتقل الملكية إلى المشترى ولو قبل التسليم (٢) . على أن المألوف فى التعامل هو أن يكون إفراز الشيء عند تسليمه ، فيتم الإفراز والتسليم فى وقت واحد ، ومن ثم يقال فى بعض الأحيان إن الملكية تنتقل بالتسليم على اعتبار أن الإفراز لا يتم إلا عند التسليم (٣) . وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه من إفراز الشيء ، جاز للدائن أن يطالب بالتنفيذ عينا أو تعويضاً . والتنفيذ العينى يكون بحصول الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، ويقوم الدائن نفسه بشرائه ويرجع بالثمن والمصروفات على المدين ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب تأخر المدين فى تنفيذ التزامه . والأصل أن الدائن يستأذن القاضى فى ذلك ، ويكون الاستئذان عن طريق الدعوى والحصول على حكم بشراء الشيء والرجوع على المدين بما تقدم

---

(١) نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

(٢) ويترتب على ذلك أن البائع لو أفرز القمح ووضعه فى مخزن ، ثم دعا المشترى لتسلمه بطريق الإعذار ، فتخلف هذا عن التسلم بغير عذر ، ثم احترق المنزل بغير خطأ البائع ، هلك المبيع على المشترى لأنه ملكه وانتقلت اليه فى الوقت ذاته تبعة الهلاك بالإعذار .

(٣) وإذا كان الشيء عقاراً ، كما إذا باعت إحدى شركات أراضى البناء كذا متراً من الأرض دون تعيين ، فإن ملكية الأرض المبيعة لا تنتقل إلى المشترى بالتعيين ، بل ولا بالتسليم ، وإنما تنتقل بالتسجيل الذى لا يتم طبعا إلا بعد التعيين ، ويصبح المشترى مالكا للأرض المبيعة بتسجيل عقد البيع ولو قبل التسليم .

بيانه . فإذا كانت الظروف لاتحتمل الإبطاء، كان للدائن دون حكم – ويحسن أن يكون ذلك بعد إعذار المدين – أن يقوم بالشراء، ثم يرجع بالثمن والمصروفات والتعويض على المدين عن طريق الدعوى . وهنا يتمكن القاضي من بسط رقابته على تصرف الدائن . والتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف فيحكم له بما طلب . أو أنه كان متسرعاً فيخفض المبلغ المطلوب بمقدار ما عاد على المدين من الضرر بسبب هذا التسرع . أما التنفيذ بطريق التعويض فيكون بمطالبة المدين بقيمة الشيء نقداً مع التعويض عن التأخر في التنفيذ ، وتجرى هذه المطالبة وفقاً للقواعد العامة التي سيأتي ذكرها عند الكلام في التنفيذ بطريق التعويض .

المطلب الثاني

الالتزام بعمل

٧٩٣ – أقسام الالتزام بعمل : رأينا أن الالتزام العقدي ينقسم إلى التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) والتزام ببذل عناية (obligation de moyen) . ويمكن القول إن كل التزام – عقدياً كان أو غير عقدي – يكون إما التزاماً بغاية ، أو التزاماً بعناية . فالالتزام بنقل حق عيني والالتزام بالامتناع عن عمل يكون كل منهما دائماً التزاماً بغاية . أما الالتزام بعمل فيكون في بعض صوره التزاماً بعناية ، ويكون في صور أخرى التزاماً بغاية . فإذا كان التزاماً بغاية ، فهو لايعدو أن يكون التزاماً بتسليم شيء أو التزاماً بإنجاز عمل معين .

ومن ثم ينقسم الالتزام بعمل أقساماً ثلاثة : (١) التزاماً ببذل عناية . (٢) التزاماً بتسليم شيء (٣) التزاماً بإنجاز عمل معين . ونستعرض كلاً من هذه الأقسام .

٧٩٤ – الالتزام ببذل عناية : تنص المادة ٢١١ مدني على ما يأتي : « ١ – في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء ، أو أن يقوم بإدارته ، أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق

على غير ذلك . ٢ – وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم »[١] .

ويتبين من هذا النص أن الالتزام ببذل عناية إما أن يكون متعلقا بشىء ، أو متعلقاً بعمل .

فإذا كان متعلقاً بشىء ، فهو إما أن يكون : (١) المحافظة على هذا الشىء ، كالتزام المودع عنده بالمحافظة على الشىء المودع والتزام المستعير أو المستأجر بالمحافظة على الشىء المعار أو العين المؤجرة . ويدخل فى ذلك أيضاً الالتزام بالمحافظة على الشىء الذى يتضمنه الالتزام بنقل الحق العينى . فقد نصت المادة ٢٠٦ مدنى على أن « الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشىء والمحافظة عليه حتى التسليم »[٢] . مثل ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، فهو يتضمن التزاما بتسليم المبيع إلى المشترى والتزاما بالمحافظة عليه حتى وقت التسليم . (٢) أو أن يكون إدارة هذا الشىء . ويتضمن هذا بطبيعة الحال المحافظة عليه ، وذلك كالتزام المرتهن رهن حيازة بإدارة العين المرهونة لاستثمارها استثماراً كاملا . وكالتزام الوكيل فى الإدارة بإدارة العين الموكول إليه إدارتها . وقد تكون إدارة الشىء لمصلحة الدائن كما فى الوكيل بالإدارة ، أو لمصلحة المدين كما فى المستأجر عندما ينتفع بالعين . أو لمصلحتهما معاً كما فى الدائن المرتهن عندما يستثمر العين المرهونة .

وإذا كان الالتزام ببذل عناية متعلقاً بعمل ، كالطبيب يلتزم بعلاج المريض والمحامى يلتزم بالدفاع عن مصالح موكله ، كان المطلوب هو توخى الحيطة فى القيام بهذا العمل . فالطبيب يتوخى أصول صناعة الطب فى العلاج ولا عليه أن يشفى المريض . والمحامى يبذل العناية المألوفة فى الدفاع عن مصالح موكله ولا عليه أن يكسب القضية .

ويعتبر المدين ، فى جميع هذه الأحوال ، أنه قد وفى بالتزامه إذا هو –

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٢ (مطابق) – الليبى م ٢١٤ (مطابق) – العراقى م ٢٥١ (موافق) . اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يساير المبادئ العامة فى الفقه الحديث فيمكن الأخذ به فى لبنان) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٠٧ (مطابق) – الليبى م ٢٠٩ (مطابق) – العراقى واللبنانى لا مقابل ولكن يمكن العمل بالنص لاتفاقه مع المبادئ العامة) .

كما يقول النص – بذل فى تنفيذه من العناية كل مايبذل الشخص العادى . ولولم يتحقق الغرض المقصود ، فأخفق فى العمل ، أو هلك الشيء الذى يحافظ عليه ، أو انتهت إدارته بالخسارة . وقد يوجب القانون أو الاتفاق عناية أكثر أو أقل من عناية الشخص العادى . ففى العارية أوجب القانون عناية أكبر (م٦٤١ مدنى) . وفى الوديعة أوجب عناية أقل (م٧٢٠ مدنى) . وإذا اتفق المدين والدائن على عناية أقل أو أكبر جاز ذلك . على أنه لايجوز الاتفاق على التخفف من العناية إلى الحد الذى لايكون فيه المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم . وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى المسئولية العقدية .

٧٩٥ – **الالتزام بالتسليم**: تنص المادة ٢٠٧ مدنى على ما يأتى : « ١ – إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينيا أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يتم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن . ٢ – ومع ذلك لايكون الهلاك على المدين ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن ولو أنه سلم إليه ، مالم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة . ٣ – على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعة الهلاك تكون على السارق »[1] .

وقد رأينا أن الالتزام بالتسليم قد يكون التزاما مستقلا ، كالتزام المستأجر برد العين المؤجرة والتزام المستعير برد العين المعارة والتزام المودع عنده برد الشيء المودع والتزام المرتهن رهن حيازة برد العين المرهونة . وقد يكون الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا يتضمنه الالتزام بنقل حق عينى على النحو الوارد فى المادة ٢٠٦ مدنى وقد تقدم ذكرها ، وذلك كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى والتزام الشريك بتسليم حصته إلى الشركة وكلا الالتزامين قد تضمنا التزام بنقل حق عينى إما إلى المشترى أو إلى الشركة . وسواء كان الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا أو التزاما تبعيا ، فإن التنفيذ يكون بتسليم المدين الشيء إلى الدائن وفقاً للقواعد العامة فى التسليم ، فإذا لم ينفذ المدين التزامه طوعا

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٠٨ (مطابق) – الليبى م ٢١٠ (مطابق) – العراقى و اللبنانى لا مقابل (ولكن يمكن العمل بالنص لاتفاقه مع المبادئ العامة) .

أجبر على التنفيذ عينا أو عن طريق التعويض بحسب الأحوال .

أما تبعة هلاك الشيء قبل التسليم ، فقد تكفلت بتنظيمها المادة ٢٠٧ مدنى سالفة الذكر . فإذا فرض أن الشيء هلك بسبب أجنبي ، فعلى من تقع تبعة الهلاك ؟ هنا يجب التمييز بين أن يكون الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا أو التزاما أصليا . فإذا كان التزاما تبعيا يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك يكون على المدين بالتسليم ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن تنفيذاً للالتزام الأصلى بنقل الملكية . ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم فى هذه الحالة ليس فى حقيقته إلا التزاما مكملا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلا للدائن إلا بالتسليم . وقد طبقت هذه القاعدة فى كل من البيع (م ٤٣٧ مدنى) والقسمة (م ٥١١ مدنى) . أما إذا كان الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا ، فالهلاك يكون على المالك ويغلب أن يكون هو الدائن بالتسليم ، كما فى الالتزام بالرد نحو المؤجر والمعير والمودع والراهن حيازة . ولكن قد يكون المالك هو المدين بالتسليم ، كما فى التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر ، فتهلك العين دائما على المالك وهو هنا المؤجر . وذلك أن الأصل فى الهلاك أن يكون على المالك **(res perit domino)** ، فهو الذى يكسب الغنم ويتحمل الغرم . ولم يزحزح هذه التبعة عن المالك إلى المدين بالتسليم فى الالتزام التبعى إلا اعتبار أن الالتزام التبعى بالتسليم مكمل للالتزام بنقل الملكية ، أما هنا فالالتزام مستقل ومن ثم رجعنا إلى الأصل فكان الهلاك على المالك[1] . وقد أورد التقنين المدنى تطبيقات كثيرة لهذا المبدأ[2] .

---

(١) أما فى التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٣٨ وم ١٦٢٤) ، فالهلاك على المالك سواء كان الالتزام مستقلا أو تبعيا ، فيكون الهلاك على المشترى قبل التسليم . وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق يجعل تبعة هلاك الحصة على الشركة قبل التسليم (م ٤٢٤/٥١٦) اقتفاء لأثر التقنين المدنى الفرنسى . وقد أزال التقنين المدنى المصرى الجديد هذا التعارض ، وجعل الهلاك على المدين بالتسليم دائما مادام الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا يتضمنه التزام بنقل الملكية . يستوى فى ذلك البيع والشركة كما رأينا .

(٢) انظر مثلا ما ورد فى عقود الإيجار والعارية والوديعة ورهن الحيازة : م ٥٦٩/١ مدنى (هلاك العين المؤجرة يكون على المالك وهو المؤجر ، لا على المدين بالرد وهو المستأجر) — م ٥٨٤ مدنى (حريق العين المؤجرة بسبب أجنبى يكون على المالك وهو المؤجر) — م ٢/٦٤١ =

والإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى الطرف الآخر . فإذا كانت تبعة الهلاك على المدين كما فى البيع قبل التسليم ، وأعذر البائع المشترى طالبا إليه أن يتسلم المبيع . وهلك المبيع بعد الإعذار وقبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك تنتقل من المدين إلى الدائن ، أى من البائع إلى المشترى (م٣٣٥ مدنى) .وإذا كانت تبعة الهلاك على المالك كما فى الإيجار قبل رد العين المؤجرة ، وأعذر المؤجر المستأجر طالبا إليه تسليم العين . وهلكت العين بعد الإعذار وقبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك تنتقل من المؤجر إلى المستأجر ، ذلك أن الإعذار دليل تخلف المستأجر عن رد العين المؤجرة وهذا خطأ ينقل تبعة الهلاك إليه . أما إذا أثبت المستأجر أن الشيء كان يهلك فى يد المؤجر لو أنه سلم إليه . فإنه بهذا يقيم الدليل على أن الهلاك لا يرجع إلى تخلفه ، بل يرجع حقيقة إلى سبب أجنبى ، وبذلك تندفع عنه التبعة . وينقضى التزامه . ويستثنى من ذلك حالة ما إذا قبل المستأجر أن يتحمل تبعة السبب الأجنبى . وكذلك حالة السارق إذا هلك المسروق عنده قبل رده إلى مالكه فإنه يتحمل تبعة هلاكه دائما أعذره المالك أو لم يعذره . أثبت السارق أو لم يثبت أن المسروق كان يهلك كذلك عند المالك لو أنه رد إليه .

٧٩٦ — الالتزام بإنجاز عمل معين : تنص المادة ٢٠٨ مدنى على ما يأتى : « فى الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » . وتنص المادة ٢٠٩ مدنى على ما يأتى : « ١ — فى الالتزام بعمل ، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا . ٢ — ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء » . وتنص المادة ٢١٠ مدنى على ما يأتى : « فى الالتزام بعمل ، يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » (١) .

=مدنى (هلاك الشيء المعار يكون على المالك وهو المعير ، ولا يكون على المستعير إلا فى حالتين يبررهما أن المستعير ينتفع بالشيء دون مقابل) — م ٢٢ ٧ مدنى (هلاك الشيء المودع يكون على المالك وهو المودع) — م ١١٠٣ مدنى (هلاك المرهون حيازة يكون على المالك وهو الراهن) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٠٩ — ٢١١ (مطابق) — الليبى م٢١١ — ٢١٣ (مطابق) — العراق م ٢٤٩ — ٢٥٠ (وهما مطابقتان للمادتين ٢٠٨—٢٠٩ =

ونرى من النصوص المتقدمة الذكر أن الالتزام بإنجاز عمل معين ، من حيث تدخل المدين الشخصي فى تنفيذ الالتزام . أنواع ثلاثة :

١ ــ أن يكون الالتزام ممكن التنفيذ عينا دون تدخل شخصي من المدين ، وهذا هو الأصل . فإذا قدر الدائن أن طبيعة الالتزام تسمح بأن يكون التنفيذ العينى كافيا حتى لو قام به غير المدين . وامتنع المدين من التنفيذ ، استطاع الدائن أن يلجأ إلى القضاء بدعوى عادية ليرخص له فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين . فإذا قرر القاضى أن التنفيذ العينى ممكن بوساطة الغير ، حكم به وبأن يكون على نفقة المدين . فيستطيع المستأجر مثلا أن يطلب الحكم بإجراء إصلاحات عاجلة فى العين المؤجرة على نفقة المؤجر . وقد يكون ذلك بطريق الاستعجال إذا وجد مقتض لذلك . كذلك الأمر إذا تعهد مقاول ببناء دار ، فإنه يجوز للدائن أن يتعاقد مع مقاول آخر ، وذلك بعد الحصول على حكم بالتنفيذ العينى على نفقة المدين[1] . فإذا كان التنفيذ العينى لا يحتمل الإبطاء إلى أن يستصدر الحكم ، كما هى الحال فى بعض صور الإصلاحات العاجلة بالعين المؤجرة ، جاز للمستأجر دون أن يستصدر حكما أن يعهد إلى مقاول أن يقوم بهذه الإصلاحات العاجلة ــ ويحسن أن يكون ذلك بعد إعذار المؤجر ــ ثم يرجع بنفقة هذه الإصلاحات على المؤجر بدعوى يرفعها عليه . وهنا يبسط القاضى رقابته ليتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف . فإن وجد أن الظروف لا تبرر ذلك خفض نفقات التنفيذ إلى القدر الذى يراه ضروريا لتنفيذ الالتزام[2] .

= ولا مقابل للمادة ٢١٠ ولكن حكمها يتفق مع القواعد العامة) ــ اللبنانى م ٢٥٠ (موافق) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القضاء بتنفيذ العقد تنفيذاً عينيا على نفقة المقاول عملا بالمادة ٢٠٩ مدنى مؤداه عدم استحالة تنفيذ العقد وبقاؤه نافذ الأثر بين طرفيه ، فيتحمل المقاول تبعته ويحاسب على نتيجته ، لا بالنسبة إلى ما أتمه من أعمال فحسب ، بل بالإضافة إلى ما قد يكون رب العمل قد قام به من أعمال مكملة للأعمال المتفق عليها فى العقد . ذلك أن الأوضاع لا تستقر بين طرفى العقد إلا بعد المحاسبة على الأعمال التى قام بها المقاول ، وما عسى أن يكون رب العمل قد أتمه على أساس التنفيذ العينى للعقد (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٥ ص ٦١١) .

(٢) ذلك أن الدائن عليه أن يتوخى أيسر الطرق كلفة وأقلها نفقة فى تنفيذ التزام المدين ، بل عليه أن يتعاون مع المدين منذ نشوء الالتزام إلى أن ينقضى . يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام ، وبخاصة إذا كان المعقود عليه يقتضى خبرة فنية توافرت عند الدائن ، دون المدين ، كعقود التأمين =

٢ ـ أن يكون الالتزام غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل شخصى من المدين ، وهذا استثناء يرد على الأصل من إحدى ناحيتيه ، وهى ناحية تعذر تنفيذ الالتزام . ويرجع فى ذلك إما إلى الاتفاق ، أوإلى طبيعة الالتزام ذاتها كتعهد فنان بعمل فنى أوجراح معروف بإجراء عملية جراحية . وفى هذه الحالة يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين نفسه . فإذا امتنع المدين كان للدائن أحد طريقين : أولهما أن يلجأ إلى طريق التهديد المالى وسيأتى بيانه ، والثانى أن يطالب المدين بالتعويض النقدى لتعذر التنفيذ العينى .

٣ ـ أن تكون طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى ، وهذا استثناء يرد على الأصل من الناحية الأخرى . ناحية إمكان تنفيذ الالتزام . وأكثر الأمثلة شيوعا فى ذلك هو التزام البائع بالتصديق على إمضائه فى عقد البيع تمهيداً لتسجيل العقد ، فإن امتنع عن تنفيذ هذا الالتزام جاز للمشترى أن يطلب الحكم بصحة التوقيع أوبصحة التعاقد. فيكون الحكم الصادر بذلك بمثابة تصديق على الإمضاء يمكن بعده تسجيل البيع . كذلك فى الوعد بالتعاقد ، إذا أظهر الموعود له رغبته فى أن يتم التعاقد وامتنع الواعد من إمضاء العقد . كان للموعود له أن يستصدر حكما بإثبات التعاقد ويقوم

= التى تبرم بين شركات التأمين وهى شركات فنية ، وعملائها وكثير منهم تنقصه الخبرة اللازمة . فلا يكفى أن يمتنع الدائن فى مثل هذه الأحوال عن تضليل المدين ، بل يجب عليه أيضاً أن يرشده ويبصره بما هو مقدم عليه من شؤون التعاقد . ويتعاون الدائن مع المدين عند تنفيذ الالتزام . فعلى المستأجر مثلا أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله . كاحتياج العين إلى ترميمات أو انكشاف عيب فيها أووقوع اغتصاب عليها أو تعرض أجنبى لها (م ٥٨٥ مدنى) . وإذا لم يخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه فى الوقت الملائم ، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٤٤٠/٣ مدنى) .

وكما يجب على الدائن معاونة المدين ، كذلك يجب على المدين أن يخضع لرقابة الدائن حتى يستوثق هذا من دقة تنفيذ الالتزام . فإذا نص فى العقد مثلا على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق فى جزء من أرباح رب العمل أوفى نسبة مئوية من جملة الإيراد أومن مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أوما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل جرد بيانا بما يستحقه من ذلك . ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل أو إلى شخص موثوق به يعينه ذوو الشأن أو يعينه القاضى ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان ، وأن يأذن له فى ذلك بالاطلاع على دفاتره (م٦٩١ مدنى) .

هذا الحكم مقام العقد الموعود بإبرامه . كذلك فى التزام الدائن المرتهن بشطب الرهن بعد سداد الدين ، إذا امتنع الدائن من التقدم إلى قلم الكتاب لإجراء هذا الشطب ، جاز للمدين أن يستصدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العينى ويشطب بموجبه الرهن(١) .

المطلب الثالث

الالتزام بالامتناع عن عمل

٧٩٧ — أمثلة للالتزام بالامتناع عن عمل : الالتزام بالامتناع عن عمل له أمثلة كثيرة . فبائع المتجر يلتزم بعدم منافسة المشترى فى المتجر الذى باعه ، وإذا استخدم مهندس فى مصنع فقد يتعهد المهندس بألا يعمل فى مصنع منافس ، والممثل أو المغنى قد يتعهد بألا يمثل أو يغنى فى غير مسرح معين . والبائع والمؤجر يتعهد كل منهما بعدم التعرض للمشترى أو للمستأجر . وفى كل هذه الأمثلة نرى الالتزام بالامتناع عن عمل مصدره العقد . وقد يكون مصدر هذا الالتزام هو القانون . فالجار ملتزم بألا يضر بجاره ضرراً فاحشا . والطبيب والمحامى ملتزمان بعدم إفشاء سر المهنة (٢) .

٧٩٨ — جزاء الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل : وتنص المادة ٢١٢ مدنى على ما يأتى : « إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ،

---

(١) وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وعد شخص بضمان المقترض وامتنع عن تنفيذ وعده ، جاز للمقترض أن يستصدر حكماً ضد الواعد يقوم مقام الضمان (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠) .

(٢) والالتزام بالامتناع عن عمل ، كالالتزام بنقل حق عينى ، هو التزام بتحقيق غاية . فالالتزام بعدم الإثراء على حساب الغير هو التزام قانونى بالامتناع عن عمل . أما الالتزام بعدم الإضرار بالغير عن خطأ ، فهو التزام ببذل عناية ، ومن ثم لا يكون التزاما بالامتناع عن عمل إذ هو فى حقيقته التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو التزام بعمل .

وهناك رأى وجيه يذهب إلى أن كلا من الالتزام بعدم الإثراء على حساب الغير والالتزام بعدم الإضرار بالغير عن خطأ ليس التزاما محددا بالمعنى المألوف ، وإنما هو واجب عام ، ولا يتحدد الالتزام إلا عند الإخلال بهذا الواجب ، فيلتزم المثرى نحو المفتقر ، ويلتزم المسئول نحو المضرور .

جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً فى أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين »[١] .

ويخل المدين بالتزامه بالامتناع عن عمل إذا هو أتى العمل الممنوع . وعند ذلك لا يكون هناك مجال إلا للتعويض ، أما التنفيذ العينى فقد أصبح مستحيلا بمجرد الإخلال بالالتزام . وقد لا يمكن إلا التعويض النقدى . مثل ذلك إذا أفشى المحامى أو الطبيب سر المهنة . وقد يكون التعويض عينيا لا نقديا ، ويتم ذلك بإزالة المخالفة التى وقعت إخلالا بالالتزام[٢] . مثل ذلك أن يضر الجار بجاره ضرراً فاحشا بإقامة حائط يسد عليه منافذ النور والهواء . عند ذلك يجوز للدائن أن يطلب التعويض العينى بإزالة هذا الحائط . فإذا امتنع المدين عن الإزالة جاز للدائن أن يطلب من القضاء إزالة الحائط على نفقة المدين[٣]. ويلاحظ هنا أن الدائن لا يحق له . حتى فى حالة الاستعجال . أن يقوم بالإزالة دون استصدار حكم على أن يرجع إلى القضاء بعد ذلك . خلافا لما رأيناه فى الالتزام بنقل حق عينى وفى الالتزام بعمل حيث يكون له هذا الحق . ذلك أن إزالة ما وقع مخالفا للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف . فلا يصح للدائن أن يتولاه بنفسه قبل أن يستصدر حكما بذلك . وقد يضاف إلى التعويض العينى تعويض نقدى . فيحكم القاضى بإزالة الحائط الذى أقامه الجار وبتعويض نقدى عما حدث من الضرر مدة قيام الحائط[٤] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٣ (مطابق) — الليبى م ٢١٥ (مطابق) — العراقى م ٢٥٢ (موافق) — اللبنانى م ٢٥٠/٣ (موافق) .

(٢) والفرق بين التنفيذ العينى والتعويض العينى أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عينى للالتزام عن طريق عدم الإخلال به ، والثانى يكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون هى التعويض العينى .

(٣) وقد يكون التعويض العينى مرهقاً للمدين ، فيقتصر على التعويض النقدى إذا كان ذلك لا يلحق ضررا جسيما بالدائن (انظر آنفا فقرة ٧٨٧) . مثل ذلك أن يقيم الجار بناء فيجور بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة . فللمحكمة فى هذه الحالة بدلا من أن تأمر بإزالة البناء أن تقتصر على تعويض صاحب الأرض الملاصقة تعويضاً نقديا . بأن ينزل هذا عن ملكية الجزء المشغول بالبناء فى نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدنى) .

(٤) ويصح أيضاً الالتجاء إلى طريق التهديد المالى إذا تكرر الإخلال بالالتزام . أو كان هذا الإخلال مستمراً . وذلك إلى أن يزيله المدين نفسه .

المبحث الثانى

وسائل التنفيذ العينى

٧٩٩ — كيف يكون التنفيذ العينى : قد يكون التنفيذ العينى اختياراً يقوم به المدين طوعا . وهذا هو الوفاء (paiement) . وسنبسط أحكامه عند الكلام فى انقضاء الالتزام .

وقد يكون التنفيذ العينى جبراً على المدين . وهنا تختلف وسائله : (١) فأكثر ما يكون بوسيلة التنفيذ القهرى عن طريق السلطة العامة . وأهم أعوانها فى ذلك هم المحضرون . فإذا كان لدى الدائن سند تنفيذى بحقه ، كلف أحد المحضرين بإجبار المدين على التنفيذ قهراً (manu militari) . كأن يجبره على تسليم الأرض التى التزم بتسليمها للدائن . والغالب أن يكون التنفيذ القهرى عن طريق الحجز على أموال المدين . (٢) وقد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الالتزام على نفقه المدين . وقد تقدم بيان ذلك . (٣) وقد يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك ، كما رأينا فى الالتزام بالتصديق على الإمضاء ونحوه . (٤) وقد يتكفل القانون نفسه بإجراء التنفيذ العينى . فتنتقل ملكية العين المعينة بالذات إلى الدائن بحكم القانون فى الالتزام بنقل الملكية كما رأينا فيما مر .

وهناك وسيلتان أخريان للتنفيذ العينى لم يسبق لنا تفصيلهما ، فنفردهما الآن بالبحث . وهما : (١) الإكراه البدنى (٢) والتهديد المالى .

المطلب الأول

الإكراه البدنى

(Contrainte par corps)

٨٠٠ — التنفيذ عن طريق الاكراه البدنى وتطوره : كان المدين فى العصور القديمة يلتزم بالدين فى جسمه لافى ماله . فكان القانون الرومانى القديم يبيح للدائن أن يتملك المدين الذى لا يفى بدينه ، فيسترقه ، بل ويقتله . ثم

تطور القانون الرومانى . فلم يصبح للدائن إلا حق حبس المدين وإجباره على العمل لمصلحته . ثم تحول الالتزام من الجسم إلى المال . فلم يصبح للدائن إلا حق التنفيذ على أموال المدين .

على أن حبس المدين فى الدين . كإجراء تهديدى للضغط عليه وإجباره على الوفاء بدينه إذا كان قادرا على ذلك . بقى مدة طويلة . وانتقل إلى التقنين المدنى الفرنسى نفسه . فنصت المواد ٢٠٥٩ إلى ٢٠٧٠ من هذا التقنين على التنفيذ بطريق الإكراه البدنى . وفى أى الديون يكون ذلك[1]. وبقى الأمر على هذه الحال فى القانون الفرنسى إلى أن ألغى التنفيذ بطريق الإكراه البدنى فى المواد المدنية والتجارية بقانون ٢٢ يوليه سنة ١٨٦٧ . ولم يبق له تطبيق إلا فى المواد الجنائية .

٨٠١ — التنفيذ عن طريق الإكراه البدنى فى القانون المصرى : الإكراه البدنى غير جائز فى المواد المدنية والمواد التجارية . لأن المدين يلتزم فى ماله لا فى شخصه . وجزاء الالتزام تعويض لا عقوبة . فحبس المدين فى الدين رجوع بفكرة الالتزام إلى عهدها الأول حيث كان المدين يلتزم فى شخصه . وحيث كان القانون الجنائى يختلط بالقانون المدنى فيتلاقى معنى العقوبة مع معنى التعويض فى الجزاء الواحد[2]. على أن الإكراه البدنى جائز استثناء فى حالتين :

(الحالة الأولى) دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن : ففى هذه الديون إذا كان المحكوم عليه قادراً على القيام بما حكم به . وأمرته المحكمة بذلك فلم يمتثل . صدر حكم بحبسه . ولا تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوما . يخلى سبيله بعد انتهائها أو قبل انتهائها إذا أثمر الضغط فأدى ما حكم به أو أحضر كفيلا . وحبس المدين فى هذه الحالة لا يعفيه من تنفيذ الحكم عليه بطريق الحجز على ماله .

---

(١) ونصت المواد ١٢٦٥ إلى ١٢٧٠ مدنى فرنسى على طريقة يتفادى بها المدين الإكراه البدنى ، وهى النزول عن جميع أمواله (**cession de biens**) يستولى الدائنون عليها ويبيعونها لاستيفاء حقوقهم ، ولا تبرأ ذمة المدين إلا بقدر ما استوفى الدائنون من هذه الحقوق .

(٢) أما فى الفقه الإسلامى — المذهب الحنفى — فيرى أبو حنيفة عدم جواز بيع مال المدين عليه وفاء لديونه لأن فى البيع الجبرى إهدارا لآدميته ، ولكن يحبس المدين فى الدين على سبيل التعزير . ويرى الصاحبان بيع مال المدين عليه . وقولهما هو المفتى به فى المذهب .

(الحالة الثانية) يجوز الإكراه البدنى لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة . ويكون هذا الإكراه بالحبس (م ٥١١ إجراءات جنائية) . والمبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة هى : (١) الغرامة (٢) المصروفات والرد والتعويضات المقضى بها للحكومة[1]. والإكراه البدنى فى الغرامة يبرئ ذمة المدين : عشرة قروش عن كل يوم . أما الإكراه البدنى فى المصروفات والرد والتعويضات[2] فإنه لا يبرئ ذمة وإنما هو مجرد ضغط عليه لإجباره على الوفاء . ومن ثم يجوز التنفيذ على ماله بعد الإكراه البدنى[3].

المطلب الثانى

التهديد المالى

(Les astreintes)

٨٠٣ – النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٣ مدنى على ما يأتى :

---

(١) ولا بد أن تكون هذه المبالغ ناشئة عن الجريمة ، ولو كانت المحكمة التى أصدرت الحكم الجنائى لجنة إدارية لها اختصاص قضائى . فإذا قضى ببراءة المتهم مع الحكم بالتعويض ، أو حكم بتعويض مدنى من محكمة مدنية دون حكم بالعقوبة من محكمة جنائية ، أو نال المحكوم عليه عفواً أو إعادة اعتبار ، أو سقطت العقوبة بمضى المدة ، فلا تكون المبالغ فى هذه الحالات ناشئة عن الجريمة ، ولا يجوز فيها الإكراه البدنى . أما التعويضات الواجبة لمدع مدنى غير الحكومة ، فيجوز لاستيفائها صدور حكم من محكمة الجنح التى بدائرتها محل المحكوم عليه بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور ، إذا أثبت المدعى المدنى للمحكمة قدرة المدين على الوفاء وأمرته بالدفع فلم يمتثل . وهذا بخلاف المبالغ المقضى بها للحكومة ، فلا يشترط فيها لا اليسار ولا صدور حكم .

ولا يحكم بالإكراه البدنى على من تقل سنه عن خمس عشرة سنة وقت ارتكابه الجريمة . ولا على من حكم لمصلحته بوقف التنفيذ .

(٢) سواء للحكومة أو لغيرها .

(٣) وللحبس فى الإكراه البدنى مدد قصوى نصت عليها المادة ٥١١ من تقنين الإجراءات الجنائية . ويجوز إبدال الحبس بعمل يدوى أو صناعى ، فيستنزل من المبالغ المستحقة للحكومة من الغرامة والمصروفات والرد والتعويضات ما يقابل شغل المحكوم عليه باعتبار مبلغ عشرة قروش عن كل يوم . ونرى من ذلك أن الحبس ، إذا كان لا يبرئ الذمة فى المصروفات والرد والتعويضات المستحقة للحكومة ، فإنه إذا استبدل به عمل يدوى أو صناعى كان هذا العمل مبرئاً للذمة على النحو المتقدم .

« ١ – إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك . ٢ – وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة » . وتنص المادة ٢١٤ مدنى على ما يأتى : « إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين ، مراعيا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين »[١] . ونتكلم فى مسألتين : (١) شروط الحكم بالتهديد المالى ومميزاته وطبيعته (٢) أثر الحكم بالتهديد المالى .

§ ١ – شروط الحكم بالتهديد المالى ومميزاته وطبيعته

٨٠٣ – شروط الحكم بالتهديد المالى : يجب ، لصدور حكم بالتهديد المالى ، توافر شروط ثلاثة :

١ – أن يكون التنفيذ العينى للالتزام لا يزال ممكنا وأن يكون المدين ممتنعا عن التنفيذ : أما إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا ، كأن هلك الشىء المطلوب تسليمه أو أتى المدين العمل الذى التزم بالامتناع عنه[٢] . فلا محل للالتجاء إلى التهديد المالى إذ أصبح غير ذى موضوع[٣] .

٢ – وأن يكون تدخل المدين الشخصى واجبا للتنفيذ وبغير هذا التدخل يكون التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم[٤] : ففى الالتزام بنقل الملكية ، إذا كان

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٤–٢١٥ (مطابق) – الليبى م ٢١٦–٢١٧ (مطابق) – العراقى م ٢٥٣ – ٢٥٤ (موافق) – اللبنانى م ٢٥١ (موافق) .

(٢) هذا ما لم يكن التعويض العينى ممكنا ، بإزالة المخالفة ، فعندئذ يستوى التنفيذ العينى والتعويض العينى .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا محل للحكم بتهديد مالى إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا ببيع العين المرفوع بشأنها دعوى الاستحقاق (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٤) .

(٤) فإذا أمكن التنفيذ العينى تنفيذاً ملائما دون تدخل المدين ، فلا محل للالتجاء إلى التهديد المالى (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ – ٢١ مارس سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٢٣٠ ص ٢٥٥ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٠٩ – أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦) .

محل الالتزام عينا معينة . انتقلت ملكيتها بحكم القانون إلى الدائن . فأصبح الالتزام منفذاً ولا حاجة للتهديد المالى . كذلك إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود . فلا حاجة فى تنفيذ هذا الالتزام إلى تهديد مالى . لأن تنفيذه عينا دون تدخل المدين ممكن عن طريق الحجز . وفى الالتزام بنقل ملكية شىء معين إلا بنوعه . يمكن التنفيذ العينى دون تدخل المدين فى آغلب الأحوال بأن يحصل الدائن على حكم بالتنفيذ على نفقة المدين . وفى الحالات النادرة التى لابد فيها من تدخل المدين ليكون التنفيذ العينى ممكنا أوملائما يجوز للدائن أن يلجأ إلى وسيلة التهديد المالى . أما الالتزام بعمل . فهو الميدان الذى يتسع عادة للتهديد المالى . كما هو الأمر فى تقديم حساب أومستندات ، أو القيام بعمل فنى كغناء أو تمثيل أوتصوير ، أو التزام شركات الاحتكار بتقديم خدماتها للمستهلكين كإعادة المواصلة التلفونية وتوصل التيار الكهربائى . وبعض هذه الالتزامات غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل المدين ، وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل . وفى نطاق الأحوال الشخصية . يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى فى الالتزام بتسليم الأولاد إلى من له حق حضانتهم . وفى التزام الزوجة أن تذهب إلى محل الطاعة ، لأن التنفيذ القهرى يكون عادة غير ملائم . وفى الالتزام بالامتناع عن عمل ، قد يكون الإخلال بالالتزام من شأنه أن يجعل التعويض العينى مستحيلا ، فلا يكون هناك محل للتهديد المالى ؛ مثل ذلك أن يفشى الطبيب أوالمحامى سر المهنة . فإذا كان التعويض العينى ممكنا ولكن عن طريق تدخل المدين كوسيلة ضرورية أوملائمة . فإنه يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى . مثل ذلك التزام الممثل بألا يمثل فى مسرح معين ، والتزام المهندس بألا يعمل فى مصنع منافس ، والتزام بائع المتجر بالامتناع عن منافسة المشترى . فإنه يجوز الحكم فى هذه الحالات على المدين بغرامة تهديدية عن كل مرة يأتى فيها بالأمر الممنوع أو حتى يكف بتاتا عن هذا الأمر .

٣ ــ وأن يطالب الدائن بالتهديد المالى ، فلايجوز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بغرامة تهديدية[1] . وللدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية فى

---

(١) على أن هناك رأيا يذهب إلى جواز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية . إذا وجدت أن شروطها متوافرة .

أية حالة كانت عليها الدعوى . ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . وللمحكمة سلطة التقدير حتى لو كانت الشروط متوافرة . ولا تخضع في تقديرها لرقابة محكمة النقض[١] .

٨٠٤ – مميزات الحكم بالتهديد المالي : وللحكم بالتهديد المالي مميزات ثلاثة : (١) يقدر التهديد المالي عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه . أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه . ولا يقدر مبلغا إجماليا دفعة واحدة . وذلك حتى يتحقق معنى التهديد . فإن المدين يحس أنه كلما طال وقت تأخره عن التنفيذ كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية . (٢) التهديد المالي تحكمي (arbitraire) . فلا مقياس له إلا المقدار الذي يرى القاضي أنه منتج في تحقيق غايته وهي حمل المدين على التنفيذ . فلا يشترط فيه أن يكون مقاربا للضرر . بل لا يشترط وجود ضرر أصلا . فينظر القاضي إلى موارد المدين المالية وقدرته على المطاولة ، ويكون المبلغ الذي يقدره عادة أكبر من الضرر بكثير . ويجوز له أن يزيد في الغرامة التهديدية كلما رأى داعيا للزيادة فليس للحكم بالغرامة التهديدية حجية الأمر المقضي . (٣) التهديد المالي حكم وقتي وتهديدي (provisoire et comminatoire) . ويترتب على ذلك أنه لا يكون واجب التنفيذ إلا إذا تحول إلى تعويض نهائي كما سيأتي . وأنه تجوز الزيادة فيه كما قدمنا . ويجوز عند تحويله إلى تعويض نهائي أن ينقص منه أو يلغيه كما سنرى[٢] .

٨٠٥ – طبيعة الحكم بالتهديد المالي : ويتبين مما قدمناه أن الغرامة

---

(١) ويجوز لأية جهة مختصة الحكم بالغرامة التهديدية : محكمة مدنية أو محكمة تجارية أو محكمة جنائية تقضي في التزام مدني . ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم في الموضوع تنفيذاً عينيا . ومن باب أولى يجوز له أن يقضي بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم الموقت الذي يصدره هو . ولكن تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي على النحو الذي سنبسطه ليس من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة . بل هو من اختصاص قاضي الموضوع .

(٢) ومصير الحكم بالتهديد المالي يبقى غير مبتوت فيه ، فلا يطلب مثلا من المدين أن يدمج الغرامة التهديدية في عرض حقيقي للدين ، ولا تدخل هذه الغرامة ضمن الطلب الأصلي لتقدير قيمة الدعوى من حيث النصاب الجائز استئنافه . ولا يكون الحكم قابلا للطعن فيه بالنقض حتى لو صدر من محكمة آخر درجة (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٣٤ ص ٩٤٢) .

التهديدية ليست تعويضاً فهى لاتقاس بمقياس الضرر[١] ، وليست عقوبة خاصة لأنها لاتنفذ بل الذى ينفذ هو التعويض النهائى . وإنما الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على المدين والتغلب على عناده حتى يحمل على تنفيذ التزامه ، فهى وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العينى القهرى . شأنها فى ذلك شأن الإكراه البدنى[٢] .

وللحكم بالتهديد المالى فى التقنين المدنى الجديد سند تشريعى ، هى النصوص التى أسلفنا ذكرها[٣] .

---

(١) وإذا حكم القاضى بغرامة تهديدية لا يسبب حكمه ، بخلاف الحكم بالتعويض فإنه واجب التسبيب .

(٢) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ – أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ – وقد رتب القضاء الفرنسى على أن الغرامة التهديدية إنما هى وسيلة غير مباشرة للتنفيذ أنها تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائى بها ، حتى لوكان هذا الحكم غير قابل للتنفيذ واستؤنف فصدر حكم استئنافى يؤيده . أما القضاء المصرى فيجعلها تسرى من وقت صدور الحكم الاستئنافى ، فهى أمر من المحكمة لا يبدأ سريانه إلا من وقت صيرورته نهائيا (استئناف وطنى ٢٢ يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٥٨ – استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٦) .

(٣) ولا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص يصلح أن يكون سنداً تشريعيا للحكم بالغرامة التهديدية . وقد استند القضاء الفرنسى ، بطريق غير مباشر ، إلى المادة ١٠٣٦ من تقنين المرافعات الفرنسى ، وهى تقضى بأنه « يجوز للمحاكم ، فى القضايا التى تعرض عليها ، وتمشيا مع ما توجبه الظروف من الخطورة ، أن تصدر أوامر (**injonctions**) ولو من تلقاء نفسها ، وأن تعدم أوراقا مكتوبة تعلن أنها قد تضمنت قذفا ، وأن تأمر بطبع أحكامها ونشرها » . فالحكم بالغرامة التهديدية هو أمر (**injonction**) يصدر من المحكمة بما لها من سلطة الأمر ، لا بما لها من ولاية الحكم . ولا شك فى أن النص الذى استند إليه القضاء الفرنسى إنما قصد به بسط سلطة القاضى فى إدارة الجلسة ، والتهديد حكم موضوعى لا علاقة له بإدارة الجلسة ، ولا شك فى أن القضاء الفرنسى قضاء اجتهادى لا سند له من النصوص التشريعية وأن نظرية التهديد المالى خلقها القضاء لا التشريع .

وفى عهد التقنين المدنى المصرى السابق سار القضاء المصرى على أثر القضاء الفرنسى فى اجتهاده فى الحكم بالتهديد المالى ، وفى اعتبار هذا الحكم حكما وقتيا تهديدياً للقاضى تخفيضه أو إلغاؤه (استئناف مختلط ٤ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩ – ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ – وقارن استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٩ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦) .

أما التقنين المدنى المصرى الجديد فقد أوجد السند التشريعى لنظرية التهديد المالى فى النصوص التى أسلفنا ذكرها . على أن هذه النصوص ذاتها ليست ، كما قدمنا ، إلا تقنينا للقضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق .

§ ٢ – أثر الحكم بالتهديد المالى

٨٠٦ — تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى : يقف المدين من الغرامة التهديدية أحد موقفين . فإما أن يقلع عن عناده ويعمد إلى تنفيذ التزامه[1] ، أو أن يصر على موقفه ويصمم على عدم التنفيذ . وفى الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائياً ، فلم تعد هناك جدوى من استبقاء التهديد المالى بعد أن استنفد أغراضه . ومن ثم وجب تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى فيلجأ الدائن إلى محكمة الموضوع طالبا تصفية الغرامة التهديدية . والحكم بتعويض نهائى[2].

٨٠٧ — عناصر التعويض : وعناصر التعويض النهائى هى نفس عناصر التعويض العادى : ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من نفع من جراء عدم التنفيذ إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ ، أو من جراء التأخر فى التنفيذ إذا كان المدين قد رجع عن عناده وقام بتنفيذ التزامه .

على أن هناك عنصراً جديداً — وهو العنصر البارز فى التعويض الذى يعقب التهديد المالى بل هو العنصر الذى يخرج التعويض عن معناه المألوف إلى المعنى الذى يتفق مع فكرة التهديد المالى — يجب أن يدخله القاضى فى حسابه عند تقدير التعويض النهائى . هذا العنصر هو العنت الذى بدا من المدين . فيستطيع القاضى أن يزيد فى التعويض فى مقابل الضرر الأدبى الذى أصاب الدائن من جراء عناد المدين وتعنته وإصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد فى هذا التنفيذ . ويلاحظ أن العنت الذى بدا من المدين يبقى ملحوظاً ، حتى لو كان المدين انتهى بعد تباطؤ إلى القيام بتنفيذ التزامه ، فلا يزال هناك عنت من المدين أصاب الدائن بضرر أدبى ، فيجب تعويضه عنه . ولكن عنصر العنت إنما تبرز أهميته فى حالة ما إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ ،

---

(١) وقد يقوم المدين بالتنفيذ خشية تراكم الغرامة التهديدية لا لأنه راض بالحكم ، ولا يمنعه تنفيذ الالتزام فى هذه الحالة من استئناف الحكم .

(٢) ولا يوجد ما يمنع الدائن من المطالبة ، مع تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى ، بالتنفيذ العينى للالتزام إذا كان هذا التنفيذ ممكنا ، ويكون الدائن إنما التجأ إلى التهديد المالى لأن هذا التنفيذ غير ملائم .

إذ يكون العنت فى هذه الحالة أكثر وضوحاً وأبلغ ضررا [1] .

ومتى قدر القاضى التعويض النهائى على النحو الذى بسطناه ، قضى به على المدين ، واستطاع الدائن عندئذ أن ينفذ به على أموال المدين لا على أنه تهديد مالى بل على أنه تعويض نهائى . والغالب أن يكون هذا التعويض أقل من التهديد المالى [2] ، بل قد لا يرى القاضى فى بعض الحالات وجها للحكم بتعويض ما لانعدام الضرر وعدم إمعان المدين فى العنت . فيلغى الغرامة التهديدية دون أن يحل مكانها أى تعويض [3] . على أن التعويض قد يكون فى بعض الحالات معادلا للغرامة التهديدية ، لاسيما إذا أمعن المدين فى العنت والإصرار على عدم تنفيذ التزامه . فيستبقى القاضى التهديد المالى كما هو دون أن ينقصه . ولكن التهديد المالى تتغير مع ذلك طبيعته ، فينقلب من تهديد مالى إلى تعويض نهائى [4] . ويجب على القاضى فى جميع الأحوال ، عند تحويل التهديد المالى إلى تعويض نهائى ، أن يسبب حكمه ، وأن يبين فى الأسباب أن التعويض قد قيس بمقياس الضرر الذى أصاب الدائن [5] .

---

(١) وهذا الذى يجعل للتهديد المالى فى مصر مزية ليست له فى فرنسا حيث يقتصر القاضى على تقدير التعويض بقدر الضرر الذى أصاب الدائن دون أن يزيد شيئا ، فيعلم المدين مقدما أنه لن يحكم عليه بتعويض يزيد على الضرر ، ويفقد التهديد المالى أهميته ولا يصلح أداة للضغط على المدين . وقد أمكن فى مصر إضافة عنصر العنت إلى التعويض بفضل النص على ذلك صراحة فى المادة ٢١٤ مدنى كما رأينا ، أما فى فرنسا فلا يوجد نص يسمح للقاضى بإضافة هذا العنصر ، فلا يستطيع إلا أن يلتزم القواعد العامة فى تقدير التعويض .

(٢) والحكم القاضى بتعويض نهائى أقل من التهديد المالى لا يلغى التنبيه (**commandement**) ، ويقتصر أثره على هذا التخفيض (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للمحكمة أن تلغى الغرامة التهديدية التى قررت إلزام خصمها بها ، متى اتضح أن الخصم المذكور نفذ أمر المحكمة بعد الميعاد الذى حددته له بمدة قصيرة ، وأن هذا التأخر ناشئ عن عذر مقبول ، ولكنها فى هذه الحالة تلزمه بمصروفات الدعوى التى رفعها بطلب إعفائه من الغرامة (استئناف وطنى ٣ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٨٠) .

(٤) استئناف وطنى ١١ يونيه سنة ١٩١٧ الشرائع ٥ ص ٤٧ — استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ — ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦ .

(٥) وقد كان الحكم بالغرامة التهديدية غير مسبب كما سبق القول (انظر آنفاً فقرة ٨٠٥ فى الهامش) .

الفصل الثانى

التنفيذ بطريق التعويض

(Exécution par équivalent — Dommages-intérêts)

٨٠٨ – متى يكون التنفيذ بطريق التعويض : إذا أصبح التنفيذ العينى للالتزام مستحيلا بخطأ المدين ، لم يبق إلا التنفيذ بطريق التعويض(١) . وحتى إذا كان التنفيذ العينى ممكنا ، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يتقدم به المدين ، فإن التنفيذ بطريق التعويض يحل محل التنفيذ العينى كما قدمنا . وحتى إذا طلب الدائن التنفيذ العينى ، ولكن هذا التنفيذ كان مرهقاً للمدين وكان عدم القيام به لا يعود بضرر جسيم على الدائن ، فإن القاضى يقتصر على الحكم بتعويض . وقد سبق تفصيل ذلك . ثم إنه يجب للتنفيذ بطريق التعويض ، كما يجب للتنفيذ العينى ، إعذار المدين ، وسنتكلم تفصيلا فى الإعذار عند الكلام فى تقدير التعويض عن طريق القاضى .

وكل التزام ، أيا كان مصدره ، يجوز تنفيذه عن طريق التعويض . فالالتزام العقدى ، سواء كان التزاما بنقل ملكية(٢) أو التزاما بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل ، يكون تنفيذه بطريق التعويض فى الأحوال التى تقدم ذكرها . والالتزامات التى لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذها

---

(١) ويعتبر التنفيذ العينى مستحيلا إذا كان هذا التنفيذ يقتضى تدخل المدين الشخصى ، وامتنع هذا عن التنفيذ ولم يجد التهديد المالى فى التغلب على عناده .

(٢) أما إذا كان الالتزام بنقل الملكية هو التزام بدفع مبلغ من النقود ، فالتنفيذ العينى والتعويض فيه يستويان ، لأن التعويض لا يكون إلا بدفع المبلغ محل الالتزام فيتلاقى مع التنفيذ العينى ، إذ أن النقود لا تتعين بالتعيين . فالالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون إذن قابلا للتنفيذ العينى فى جميع الأحوال (انظر آنفا فقرة ٧٩٢) . ولا يكون هناك تعويض عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود إلا إذا كان تعويضا عن التأخر فى التنفيذ ، لا تعويضا عن عدم التنفيذ . ولا يصح القول إن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يصبح تنفيذه العينى مستحيلا إذا كان المدين معسراً ، فإن استحالة التنفيذ العينى ليس معناها صعوبة استيفاء الدين لإعسار قد يعقبه يسار ، بل الاستحالة معناها عدم إمكان التنفيذ مطلقاً فى أى حال من الأحوال . ويترتب على ذلك أن الإعسار ، ولو كان بقوة قاهرة ، ليس سببا فى انقضاء الالتزام ، لأنه لا يجعل تنفيذه مستحيلا .

بطريق التعويض . فالالتزام التقصيرى — أى المسئولية التقصيرية — يكون تنفيذه عادة بطريق التعويض . وكذلك الالتزام الناشئ من الإثراء بلا سبب ، وكثير من الالتزامات القانونية كالتزام الجار بألا يضر جاره ضرراً فاحشا والالتزام بعدم إفشاء سر المهنة .

٨٠٩ — وسائل تنفيذ التعويض : ووسائل تنفيذ التعويض ، كوسائل التنفيذ العينى . هى التنفيذ الاختيارى والتنفيذ الجبرى . فإذا حكم على المدين بدفع تعويض للدائن ، ولم يدفع المدين هذا التعويض اختيارا ، جاز للدائن إجباره على الدفع بطريق التنفيذ القهرى . ولما كان التعويض هو عادة مبلغ من النقود . فإنه يمكن دائما تنفيذه بطريق الحجز على أموال المدين[1] .

٨١٠ — كيفية تقدير التعويض : والمهم فى التنفيذ بطريق التعويض أن نستعرض الطرق المختلفة لتقدير التعويض .

فتارة — وهذا هو الأصل — يقوم القاضى بتقدير التعويض . وهذا هو التعويض القضائى .

وطورا يكون تقدير التعويض باتفاق الطرفين مقدما . وهذا هو التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى .

وثالثة يكون التقدير عن طريق القانون كما وقع فى تحديد سعر الفائدة ، وهذا هو التعويض القانونى .

فنستعرض هذه الطرق المختلفة فى فروع ثلاثة .

الفرع الأول
التعويض القضائى

٨١١ — الإعذار وتقدير القاضى للتعويض : يجب إعذار المدين ومطالبته بتنفيذ التزامه . وقد رأينا أن هذا واجب فى التنفيذ العينى ، وهو واجب أيضاً فى التنفيذ بطريق التعويض . بل إن الإعذار فى التنفيذ بطريق

---

(١) ولكن قد يكون التعويض عينيا فى بعض الحالات ، فيجوز الالتجاء إلى التهديد المالى للوصول إلى هذا التعويض العينى بطريقة غير مباشر . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

التعويض ، وبخاصة فى التعويض عن تأخر المدين فى التنفيذ ، له أهمية بالغة كما سنرى . وأكثر ما يبرز الإعذار فى التعويض القضائى ، وإن كان واجباً أيضاً فى التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى) كما سيأتى . ونؤثر أن نبحث الإعذار هنا عند الكلام فى التعويض القضائى . وقد توخينا فى ذلك الناحية العملية .

وبعد أن يعذر الدائن المدين ، يقيم عليه الدعوى بتنفيذ التزامه . ونحن هنا فى صدد التنفيذ بطريق التعويض القضائى ، فيطلب الدائن إلى القاضى تقدير التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، ومن جراء تأخره فى هذا التنفيذ .

فنتكلم إذن فى مسألتين : (١) الإعذار . (٢) تقدير القاضى للتعويض .

المبحث الأول

الإعذار

(La mise en demeure)

٨١٢ – النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٨ مدنى على ما يأتى : « لايستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ، ما لم ينص على غير ذلك » . وتنص المادة ٢١٩ مدنى على ما يأتى : « يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات . كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر » . وتنص المادة ٢٢٠ مدنى على ما يأتى : « لاضرورة لإعذار المدين فى الحالات الآتية : (ا) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين . (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . (ج) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . (د) إذا صرح المدين كتابة أنه لايريد القيام بالتزامه »[١].

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٩ – ٢٢١ (مطابق) – الليبى م ٢٢١ – ٢٢٣ (مطابق) – العراق ٢٥٦ – ٢٥٧ (موافق) – اللبنانى م ٢٥٣ و٢٥٧ – ٢٥٨ (مقارب) .

ويتبين من هذه النصوص أن التعويض لايستحق إلا بعد إعذار المدين ، وأن الإعذار يتم بإجراءات معينة . وأن هناك حالات لاضرورة فيها للإعذار ، وإذا تم الإعذار ترتبت عليه نتائج معينة . فنتكلم إذن فى مسائل ثلاث : (١) كيف يتم الإعذار . (٢) الحالات التى لاضرورة فيها للإعذار . (٣) النتائج التى تترتب على الإعذار .

٨١٣ — *كيف يتم الإعذار* : إعذار المدين هو وضعه قانونا فى حالة التأخر فى تنفيذ التزامه . فمُجرد حلول أجل الالتزام لايكفى فى جعل المدين فى هذا الوضع ، بل لابد من إعذاره[1] . والأصل فى إعذار المدين أن يكون بإنذاره . والإنذار (sommation) ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن فى وضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه[2] . وتقرر المادة ٢١٩ مدنى ، فيما رأينا ، أنه « يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات » . وكان تقنين المرافعات يشتمل على نصوص (م ١٥ —

---

(١) فقد حل أجل الالتزام ومع ذلك يسكت الدائن عن أن يتقاضى التنفيذ من المدين ، فيحمل ذلك منه على أنه متسامح فى مد الأجل . أما إذا كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزامه الذى حل أجله ، فعليه أن يشعره بذلك عن طريق إعذاره . ويكون الإعذار عند حلول الأجل أو بعده ، ولكن لا يكون قبله (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٨٦ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ٢٨) . ويصح أن يمنح الدائن للمدين فى الإعذار أجلا لتنفيذ الالتزام دون أن يؤثر الأجل فى قوة الإعذار . فتى حل الأجل الممنوح أصبح المدين معذرا (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨) . وفكرة الإعذار هذه من تقاليد القانون الفرنسى . نقلها عنه التقنين المدنى المصرى السابق ، واستبقاها التقنين المدنى المصرى الجديد . وقد عدلت عنها القوانين الجرمانية وبعض القوانين اللاتينية ، واعتبرت أن مجرد حلول أجل الالتزام كاف لإشعار المدين بوجوب التنفيذ دون حاجة لإعذار ، وأن تأخر المدين عن تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل يجعله مسئولا عن التعويض : التقنين المدنى الألمانى (م ٢٠٤) — تقنين الالتزامات السويسرى (م١٠٢)— التقنين المدنى النمساوى (م ١٣٣٤) — تقنين الالتزامات البولونى (م ٢٤٣) — التقنين المدنى البرتغالى (م ٧١١) — التقنين المدنى البرازيلى (م ٩٦٠) .

وبقابل إعذار المدين إعذار الدائن ، فقد يعذر المدين الدائن إذا رفض هذا قبول الوفاء دون مبرر ، بأن يعرض عليه الدين عرضا حقيقيا وفقاً للإجراءات التى نص عليها القانون (م٣٣٤— ٣٤٠ مدنى) .

(٢) وهذا هو الطريق المعتاد لإعذار المدين ، حتى صح أن يقال : قد أعذر من أنذر . فالإعذار هو إذن إرادة منفردة تصدر من الدائن ، ويعلن بها المدين **(déclaration réceptive)** . ويشترط فيمن يصدر منه الإعذار أهلية الإدارة دون أهلية التصرف .

١٩) تجيز الإنذار عن طريق البريدمتى طلب الدائن ذلك . وتبين الإجراءات الواجب اتباعها فى هذا الصدد . ولكن هذه النصوص قد ألغيت بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، فلم يعد ممكنا أن يتم الإنذار عن طريق البريد .

وهناك ما يقوم مقام الإنذار فى إعذار المدين . فأية ورقة رسمية تظهر منها بجلاء رغبة الدائن فى أن ينفذ المدين التزامه تقوم مقام الإنذار . من ذلك التنبيه الرسمى الذى يسبق التنفيذ . وصحيفة الدعوى ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة . ومحضر الحجز[1].

أما إذا كانت الورقة غير رسمية ، ككتاب ولو كان مسجلا أو برقية ، فلا تكفى للإعذار فى المسائل المدنية ، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على أنها تكفى . ذلك أنه يجوز الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء . فمن باب أولى يجوز الاتفاق على أن الإعذار تكفى فيه ورقة غير رسمية أو إخطار شفوى[2] .

وأما فى المسائل التجارية فيكفى فى الإعذار أن يكون بورقة غير رسمية وفقاً للعرف التجارى ، بل إن مجرد الإخطار الشفوى يكفى إذا كان العرف التجارى يقضى بذلك . والمهم أن يهيء المدين ما يثبت أن الإعذار قد تم على هذا الوجه[3] .

---

(١) استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ — ٢٧ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣ — وكثيراً ما يقع أن ينذر الدائن المدين فى نفس صحيفة الدعوى ، فتكون هذه الصحيفة إنذاراً ومطالبة قضائية فى وقت واحد . ولكن إذا بادر المدين فى هذه الحالة إلى التنفيذ بمجرد أن تعلن إليه صحيفة الدعوى . كانت مصروفات الدعوى على الدائن ، لأن المدين يكون قد نفذ التزامه بمجرد إعذاره .

ولا يكفى فى الإعذار الطلب الذى يقدم لجنة المعافاة القضائية ، ولا إقرار المدين فى دعوى أخرى أن الدائن قد أنذره بل يجب على الدائن تقديم أصل الإنذار حتى تتبين المحكمة استيفاءه للشروط الواجبة (نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) .

(٢) ويجب على الدائن إثبات حصول الإخطار الشفوى وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات — ويكتفى كل من التقنين المدنى العراقى (م ٢٥٧) وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٢٥٧ كذلك) فى الإعذار بكتاب غير رسمى .

(٣) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ — ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٠ — ٢١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣٠ ص ١٦٥ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧٣ — والإعذار إنما يوجه للمدين . ولما كان البنك فى التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته =

٨١٤ — الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار : هناك حالات لا ضرورة فيها للإعذار ، ويعتبر مجرد حلول أجل الدين إشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه وإلا كان مسئولا عن التعويض . وهذه الحالات ترجع إما إلى الاتفاق . أو إلى حكم القانون ، أو إلى طبيعة الأشياء ، وقد نص عليه جميعا في المادتين ٢١٩ و ٢٢٠ مدنى سالفي الذكر .

١ — فقد يتفق الطرفان مقدما على أن المدين يكون معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء ؛ ويكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا . ومثل الاتفاق الضمني أن يشترط الدائن في عقد التوريد وجوب التسليم فورا (١) .

٢ — وقد يقضى القانون بعدم الحاجة إلى الإعذار . من ذلك الحالة التي يكون فيها محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . في هذه الحالة يكون المدين سيئ النية ويكون

= أصيلا قبل المستفيد لا بوصف كونه نائبا عن عميله . فإذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد ، فإنه ليس للعميل أن يتحدى بوجوب إعذاره قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٩ ص ٦٩١) .

(١) ويجب أن يكون الاتفاق الضمني غير محل للشك ، فوضع شرط جزائي في العقد لا يفهم منه الإعفاء من الإعذار ، واشتراط حلول جميع الأقساط عند تأخر المدين في دفع قسط منها لا يمنع من وجوب الإعذار إلا إذا كان هناك اتفاق واضح على العكس . ومجرد أن يشترط في عقد البيع أن يكون مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن لا يعفى من الإعذار ؛ وإذن فباطل زعم المشترى أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار الفسخ ، فإن ذلك الإنذار واجب قانونا لاستعمال الفاسخ الصريح (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

وقد يوجد اتفاق على عدم الحاجة إلى الإعذار ، ولكن الدائن يفسخ هذا الاتفاق بتصرفه ، كما إذا اشترطت شركة التأمين على المؤمن عليه عدم الحاجة إلى الإعذار في اقتضاء أقساط التأمين ، ثم تتعود بعد ذلك أن تعذره كلما تأخر أو ترسل إليه عامل التحصيل ليتسلم الأقساط المستحقة . فإذا لم يوجد اتفاق على الإعفاء من الإعذار ، لم يستحق التعويض إلا بعد الإعذار (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٧ ص ٥٨٣) .

وقد ينزل المدين عن الإعذار ، وعلى ذلك إذا لم يتمسك أمام محكمة الاستئناف بأن الدائن لم يعذره قبل رفع الدعوى بفسخ العقد ، فإنه لا يقبل منه إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٩ ص ٦٩١) .

واجبا عليه أن يرد الشيء إلى الدائن . وليس الدائن فى حاجة إلى إعذاره . وهناك حالات أخرى متفرقة فى نواحى القانون نص فيها على وجوب تنفيذ المدين لالتزامه دون حاجة إلى إعذاره(١) .

٣ — وتقضى طبيعة الأشياء بألا حاجة إلى الإعذار فى حالات ثلاث : (أولا) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين . وذلك كأن يلتزم مقاول ببناء مكان فى معرض لأحد العارضين وينتهى المعرض قبل أن ينفذ المقاول التزامه . وكأن يلتزم محام برفع استئناف عن حكم وينتهى ميعاد الاستئناف قبل أن يرفعه . وكأن يكون الالتزام التزاما بالامتناع عن عمل ويأتى المدين بالعمل الممنوع . فلا فائدة من الإعذار فى كل هذه الفروض . إذ أن التنفيذ العينى أصبح غير ممكن أوغير مجد(٢). (ثانيا) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ذلك أن المدين هنا قد أخل بالتزامه أن يتخذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير . فلم يعد التنفيذ العينى لهذا الالتزام ممكنا . فلاجدوى . إذن فى الإعذار . (ثالثا) إذا صرح المدين كتابة أنه لايريد القيام بالتزامه . فبعد هذا التصريح الثابت بالكتابة لا جدوى فى إعذاره(٣) .

---

(١) منها ما قضت به المادة ٢/٧٠٦ مدنى من أن الوكيل ملزم بفوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها . وهنا استحقت الفوائد دون مطالبة قضائية بل ودون إعذار من وقت استخدام الوكيل المبالغ لصالحه . ومنها ماقضت به المادة ٧١٠ مدنى من أن الموكل يلتزم بأن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق . وهنا تستحق الفوائد دون إعذار من وقت الانفاق .

(٢) نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٧ ص ٥٨٣ — استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢٣٥ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٣٧٩ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ٢ رقم ١٥٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٨ — أول يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٥ — ولا يكفى التصريح أمام شهود . فالقانون قد اشترط الكتابة . على أن الكتابة هنا للإثبات . فلو أقر المدين أنه صرح بعدم إرادته القيام بالتزامه أو نكل عن اليمين التى وجهت اليه فى ذلك لكان هذا كافيا فى إثبات التصريح المطلوب للإعذار . انظر فى عهد التقنين المدنى السابق : نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥ .

٨١٥ – النتائج التي تترتب على الإعذار : يترتب على الإعذار نتيجتان رئيسيتان :

(النتيجة الأولى) يصبح المدين مسئولا عن التعويض لتأخره فى تنفيذ الالتزام . وذلك من وقت الإعذار[1] . أما فى المدة التى سبقت الإعذار ، فلا يعوض المدين الدائن عن التأخر فى التنفيذ[2] .

و (النتيجة الثانية) ينتقل تحمل التبعة من طرف إلى آخر . وقد قدمنا أن تبعة الهلاك فى الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاما تبعياً ، وتكون على المالك إذا كان التزاما مستقلا . ورأينا أن الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر فى كلتا الحالتين على التفصيل الذى قدمناه .

المبحث الثانى

تقدير القاضى للتعويض

٨١٦ – نوعان من التعويض : والتعويض الواجب على المدين ، إذا لم يقم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينيا ، نوعان : (١) تعويض عن عدم التنفيذ (dommages — intérêts compensatoires) . (٢) تعويض عن التأخر فى التنفيذ (dommages-intérêts moratoires) . والتعويض عن عدم التنفيذ يحل

---

(١) وإذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، فالتعويض عن التأخر – الفوائد – لا يكون مستحقاً بمجرد إعذار المدين ، بل لابد من رفع الدعوى ولا تسرى الفوائد إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى .

(٢) نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٦ ص ٢٩٢ – استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ – ويعدل عدم الإعذار الرجوع فى الإعذار ، فقد يعذر الدائن المدين مرة أولى ، ثم يرجع فى إعذاره الأول بإعذار ثان يمنح فيه المدين مهلة للوفاء ، فالعبرة بالإعذار الثانى لا بالإعذار الأول (نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٩ ص ٦١٤) . كذلك لا يستحق تعويض إذا قام المدين بوفاء جزئى ، ثم توقف بعد ذلك عن الوفاء ، إلا من وقت إعذار المدين بعد توقفه (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٨ ص ٥٥٢) .

محل التنفيذ العيني ولا تجتمع معه[1] . أما التعويض عن التأخر في التنفيذ فإنه تارة يجتمع مع التنفيذ العيني إذا نفذ المدين التزامه متأخراً . وطوراً يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينيا .

والإجماع منعقد على أن الإعذار واجب في التعويض عن التأخر في التنفيذ . أما التعويض عن عدم التنفيذ . فالأمر مختلف فيه . هناك رأى يذهب إلى وجوب الإعذار أيضاً لإطلاق النص . إذ « لايستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين » دون تمييز بين تعويض عن التأخر في التنفيذ وتعويض عن عدم التنفيذ . وهناك رأى آخر يذهب إلى عدم وجوب الإعذار . لأن التعويض عن عدم التنفيذ مستحق عن واقعة لا شأن للإعذار بها . فلا جدوى في الإعذار . ونحن نميل للتمييز بين فرضين في حالة ما إذا طالب الدائن المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ : فإما أن يكون التنفيذ العيني لايزال ممكنا . أو يكون هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن . ففي الفرض الأول يجب الإعذار لاستحقاق التعويض لأن التنفيذ العيني لايزال ممكنا . والإعذار دعوة للمدين أن يقوم بهذا التنفيذ وإلا دفع تعويضاً . فيكون للإعذار معنى إذ يحتمل أن يقوم المدين بالتنفيذ العيني عقب إعذاره . وفي الفرض الثاني . إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن . لم تعد هناك جدوى في الإعذار . ونكون في إحدى الحالات الاستثنائية التي لا حاجة للإعذار فيها . وهذا الرأى الذى نقول به يؤدى إلى أن الإعذار واجب لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ وجوبه لاستحقاق التعويض عن التأخر في التنفيذ ، وذلك فيما خلا الحالات الاستثنائية التي يصبح فيها الإعذار غير ضروري ، سواء للتعويض عن عدم التنفيذ أو للتعويض عن التأخر في التنفيذ .

وسواء كان التعويض عن عدم التنفيذ أو عن التأخر في التنفيذ . فإن القواعد التي تتبع في تقديره واحدة لاتختلف .

---

(١) ولكن ذلك لا يمنع المدعى من أن يطلب التنفيذ العيني أو التعويض . فلا يكون قد جمع بينهما بل هو يطلب أحدهما . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة أول درجة بطلب رد أسهم أو قيمتها . فإن الطلب على هذه الصورة ينطوى على طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض . ومن ثم فليس هناك ما يمنع المدعى ، حين يتراخى التنفيذ العيني بحيث يصيبه بالضرر ، من أن يطلب تعويضاً عن هذا الضرر . وعلى ذلك فلا يكون طلب هذا التعويض عن هبوط قيمة الأسهم طلبا جديداً في الاستئناف . لاندراجه في عموم الطلبات التي كانت مطروحة أمام محكمة أول درجة (نقض مدنى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤ ص ٤١٣).

٨١٧ — عناصر التعويض : والذى يقوم بتقدير التعويض عادة هو القاضى كما قدمنا . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ مدنى على أنه « إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون ، فالقاضى هوالذى يقدره . ويشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول »[1]. ونرى من هذا النص أن للتعويض عنصرين : ما أصاب الدائن من الخسارة (damnum emergens) . وماضاع عليه من الكسب (lucrum cessans) ، ومن هنا جاءت التسمية (dommages-intérêts) . فالقاضى إذن فى تقديره للتعويض — سواء التعويض عن عدم التنفيذ أو التعويض عن التأخر فى التنفيذ — يدخل فى حسابه هذين العنصرين . فيقدر أولا ما أصاب الدائن من خسارة بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره فى هذا التنفيذ . ثم يقدر مافات الدائن من كسب ، ومجموع هذين هو التعويض[2] . فالمدين الذى لايقوم بتنفيذ التزامه عن تسليم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن يدفع تعويضاً عما أصاب الدائن من خسارة بسبب اضطراره لشراء هذه البضاعة بثمن أعلى ، وعما ضاع عليه من ربح بسبب فوات صفقة رابحة ثبت أنه كان يعقدها لوقام المدين بتنفيذ التزامه وسلمه البضاعة فى الميعاد المتفق عليه . والممثل الذى لايقوم بتنفيذ التزامه من إحياء حفلة تمثيلية يدفع تعويضا للدائن عما أصابه من خسارة بسبب ما أنفقه فى تنظيم هذه الحفلة ، وعما ضاع عليه من ربح كان يجنيه لو أن الممثل قام بالتزامه[3]. والدائن هو الذى يقع عليه عبء الإثبات ،

---

(١) انظر فى النصوص المقابلة لهذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى آنفاً فقرة ٣٨١ .

(٢) نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٨ ص ٧٤٤ — استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧١ — ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٨ — وقد لا يوجد إلا عنصر واحد فيقتصر التعويض عليه (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٥٧) .

(٣) انظر فى هذين العنصرين فى حالة المسئولية التقصيرية آنفاً فقرة ٤٠٤ — وفى الظروف الملابسة التى من شأنها أن تؤثر فى تقدير التعويض عن المسئولية التقصيرية والضرر المتغير والوقت الذى يقدر فيه آنفاً فقرة ٤٠٥ — فقرة ٤٠٦ .

فيثبت مقدار ما أصابه من خسارة ومقدار مافاته من كسب(١) .

وقد سبق أن بينا أن الضرر غير المباشر لا يعوض عنه أصلا ، لا فى المسئولية العقدية ولافى المسئولية التقصيرية . فلا تعويض إذن فى المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر . والضرر المباشر هو مايكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أوالتأخر فى الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . ولكن فى المسئولية التقصيرية يكون التعويض عن كل ضرر مباشر متوقعاً كان أوغير متوقع . أما فى المسئولية العقدية فلا تعويض إلا عن الضرر المباشر المتوقع فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم (م ٢/٢٢١ مدنى)(٢) . وقد سبق أن بينا ما هو الضرر المباشر ،

---

(١) استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٥ — وتقدير التعويض من سلطة قاضى الموضوع (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨ — ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٧٧ ص ٥٠٥ — ٣ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١١٣ ص ٧٥٠ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٣٢ ص ٨٦٦ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨١ ص ٥٦٥) . وقد قضت محكمة النقض بأن محكمة الاستئناف لا تكون مقيدة بحدود المبلغ المحكوم به ابتدائيا ، ويكون من حقها تبعا لما لها من سلطة مطلقة فى تقدير التعويض أن تقر الحكم الابتدائى على تقديره ولو اعتبرت أن الضرر قد نشأ عن خطأ مشترك خلافا لما ارتآه ذلك الحكم من مسئولية المطعون عليه الثانى وحده عن الضرر (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٤ ص ٦٦٣ : كل من الطرفين قد استأنف الحكم الابتدائى) . ولا يعيب الحكم إدماجه الضرر المادى والضرر الأدبى معاً وتقديره التعويض عنهما جملة بغير تخصيص (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١١٣ ص ٧٥٠) . ولكن يجب بيان عناصر الضرر فى الحكم ، وإلا كان الحكم قاصراً يستوجب النقض (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٩ ص ٦٩٣ — ١١ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧٤ ص ٥٢٠) .

وغنى عن البيان أنه لا يكون هناك محل للتعويض إذا لم تصب الدائن خسارة ولم يفته كسب ، وكثيراً ما يتحقق هذا الفرض فى حالة مجرد تأخر المدين فى تنفيذ التزامه . وقد يتحقق أيضاً فى حالة عدم التنفيذ ، كما إذا لم يقم محام بالتزامه نحو موكله من التقدم باسمه فى قائمة توزيع أومن قيد رهن لمصلحته ، ويتبين أن تخلف المحامى عن القيام بالتزامه لم يلحق بالموكل خسارة ولم يفوت عليه نفعا ، إذ أن المحامى لوكان قد تقدم باسم موكله فى قائمة التوزيع لما أصاب الموكل شئ من المبلغ الموزع ، ولوكان المحامى قد قيد الرهن لمصلحة الموكل لما كان هذا القيد منتجاً لأن العقار مثقل برهون سابقة تستغرقه .

(٢) انظر فى التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع فى المسئولية العقدية فى حالة الإخلال العمدى بالالتزام : نقض مدنى ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩١ ص ٧٠٣ .

وما هو الضرر المباشر المتوقع . وما الذى يبرر قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع . وتحديد الضرر المتوقع من حيث توقع سبب الضرر ومقداره[١] .

٨١٨ — شروط استحقاق التعويض — إحالة : وقد نصت المادة ٢١٥ مدنى على أنه « اذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه »[٢]. وهذا نص جوهرى فى كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . وقد وضع من أجل ذلك فى الباب المعقود لآثار الالتزام . ويتضح منه أن شروط التعويض هى نفس أركان المسئولية . عقدية كانت أو تقصيرية . وهذه الأركان هى الخطأ [٣] والضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .

وقد عالجنا هذه الأركان عند الكلام فى المسئولية العقدية وفى المسئولية التقصيرية . فنكتفى بالإحالة إليها[٤] هنا حيث نقتصر على افتراض الالتزام بالتعويض قائما بعد أن استوفى شروطه . دون نظر إلى مصدره هل هو عقد أو غير عقد .

٨١٩ – تقدير التعويض بمبلغ من النقود : والقاضى يقدر التعويض عادة بمبلغ من النقود ، ومع ذلك قد يكون التعويض غير نقدى فى بعض الحالات . ففى دعاوى السب والقذف يجوز للقاضى أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضى بإدانة المدعى عليه . بل قد يكون التعويض عينيا ، فيجوز للقاضى أن يحكم بهدم حائط أقامها المالك تعسفا . أو أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد ببنائه إذا امتنع صاحبه عن ذلك حتى يتمكن صاحب العلو من إقامة بنائه (م ٨٦٠/١ مدنى)[٥] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٧ — فقرة ٢٨٨ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٦ (مطابق) — الليبى م ٢١٨ (مطابق) — العراق م ١٦٨ (موافق) — اللبنانى م ٢٥٤ — ٢٥٦ (موافق) .

(٣) نقض مدنى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٨ ص ٨٢٤

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧٧ وما بعدها فى المسئولية العقدية ، وفقرة ٣٢٩ ومابعدها فى المسئولية التقصيرية .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ — فقرة ٤٠٣ .

الفرع الثانى

التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى

(La clause pénale)

٨٢٠ — ما هو الشرط الجزائى : إذا اتفق الدائن والمدين مقدما على مقدار التعويض المستحق للدائن فى حالة ما إذا لم يقم المدين بالتزامه ، أو فى حالة تأخره فى تنفيذ الالتزام ، بدلا من ترك التقدير للقاضى ، فهذا الاتفاق مقدما على تقدير التعويض يسمى بالشرط الجزائى . وسمى كذلك لأنه يوضع عادة شرطاً ضمن شروط العقد الأصلى الذى يستحق التعويض على أساسه . ولكن لا شىء يمنع من أن يكون فى اتفاق لاحق لهذا العقد[١] . بل لا شىء يمنع من أن يكون اتفاقا على تقدير التعويض من مصادر غير العقد كالعمل غير المشروع وإن كان هذا يقع نادرا[٢] .

ومن الأمثلة على الشرط الجزائى شروط المقاولة (cahier des charges) . فكثيراً ما تتضمن شرطاً جزائيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل . ولائحة المصنع (règlement d'atelier) قد تتضمن شروطا جزائية تقضى بخصم مبالغ معينة من أجرة العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة . وتعريفة مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذى تدفعه المصلحة للمتعاقد معها فى حالة فقد « طرد » أو فقد رسالة[٣] .

---

(١) ولكن قبل وقوع الضرر الذى يقدر الشرط الجزائى التعويض عنه ، وذلك حتى لا يلتبس بالصلح أو بالتجديد .

(٢) ومن الأمثلة على الشرط الجزائى الذى يقدر التعويض عن عمل غير مشروع الشرط الجزائى الذى يتفق عليه فى حالة الإخلال بوعد بالزواج ، والشرط الجزائى الذى يتفق عليه فى حالة إبطال بيع ملك الغير . وإذا كان الإخلال بالعقد جريمة جنائية — كجريمة التبديد — واتفق المتعاقدان على شرط جزائى ، فإن هذا يكون اتفاقا مقدما على التعويض عن جريمة ، أى عن عمل غير مشروع .

(٣) واشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين فى دفع قسط منها هو أيضاً شرط جزائى ولكن من نوع مختلف ، إذ هو هنا ليس مقدارا معينا من النقود قدر به التعويض ، بل هو تعجيل أقساط مؤجلة .

ونتكلم فى مسألتين : (١) شروط استحقاق الشرط الجزائى وتكييفه القانونى (٢) ما يترتب عليه من الأثر .

المبحث الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائى وتكييفه القانونى

٨٢١ — نص قانونى : تنص المادة ٢٢٣ مدنى على ما يأتى : « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق ، ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ »[1] .

ويتبين من هذا النص أن الشرط الجزائى ليس هو السبب فى استحقاق التعويض ، فلا يتولد عنه التزام أصلى بالتعويض . بل التزام تبعى بتقدير التعويض بمبلغ معين . وشروط استحقاق الشرط الجزائى هى نفس شروط الالتزام الأصلى . وتكييفه القانونى هو أنه التزام تابع لا التزام أصيل .

المطلب الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائى

٨٢٢ — سبب استحقاق التعويض : سبب استحقاق التعويض ليس هو الشرط الجزائى . وإنما هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو تأخره فى التنفيذ . والشرط الجزائى إنما هو تقدير المتعاقدين مقدما للتعويض .

٨٢٣ — شروط أربعة لاستحقاق الشرط الجزائى : فشروط استحقاق الشرط الجزائى هى نفس شروط استحقاق التعويض : خطأ من المدين ، وضرر يصيب الدائن ، وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر ، وإعذار المدين[2] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٢٤ (مطابق) — الليبى م ٢٢٦ (مطابق) — العراقى م ١٧٠/١ (مطابق) — اللبنانى م ٢٢٦ (موافق) .

(٢) وقد أحالت المادة ٢٢٣ مدنى ، كما رأينا ، على المواد ٢١٥ — ٢٢٠ مدنى فى هذه =

فلا يستحق الشرط الجزائى إلا إذا كان هناك خطأ من المدين [1] . فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين فلا مسئولية فى جانبه ولا يكون التعويض مستحقاً ، ومن ثم لا محل لإعمال الشرط الجزائى .

ولا يستحق الشرط الجزائى إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً ، ولا محل لإعمال الشرط الجزائى فى هذه الحالة . ومع وضوح هذا الحكم فإنه غير مسلم به فى القانون الفرنسى ، وكان محلا للتردد فى عهد التقنين المدنى السابق . فقد نصت المادة ١١٥٢ مدنى فرنسى على أن « إذا ذكر فى الاتفاق أن الطرف الذى يقصر فى تنفيذه يدفع مبلغاً معينا من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل » . فذهب القضاء الفرنسى إلى أن الشرط الجزائى يستحق حتى لو لم يثبت الدائن أن هناك ضرراً أصابه ، فإن اتفاق الطرفين على شرط جزائى معناه أنهما مسلمان بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضررا اتفقا على المقدار اللازم لتعويضه . أما فى مصر ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، فقد كانت المادة ١٨١/١٢٣ من هذا التقنين تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان مقدار التضمين فى حالة عدم الوفاء مصرحا به فى العقد أو فى القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . ومع أنه كان واضحا أن هذا النص مأخوذ من المادة ١١٥٢ مدنى فرنسى سالفة الذكر ، فإن القضاء المصرى ظل مترددا ، تقضى بعض أحكامه بعدم اشتراط إثبات الدائن لوقوع ضرر أصابه على غرار القضاء الفرنسى [2] . وتقضى أحكام أخرى بوجوب إثبات وقوع الضرر

= الشروط . وهذه المواد بعضها (م ٢١٥ – ٢١٧) يتناول الشروط الثلاثة الأولى ويدخل فى ذلك التعديل الاتفاق القواعد المسئولية . وبعضها (م ٢١٨ – ٢٢٠) يتناول شرط الإعذار .

(١) ووقوع خطأ من المدين يترك إلى تقدير محكمة الموضوع بعد استيفاء الشروط القانونية للخطأ (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص ٣٠) . والدائن بالشرط الجزائى هو الذى يقع عليه عبء إثبات خطأ المدين (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨) . وقد قضت محكمة النقض بألا محل للحكم بما تضمنه الشرط الجزائى مادام الحكم قد أثبت أن كلا من المتعاقدين قد قصر فى التزامه ، ويقضى لكل منهما بتعويض على أساس ما لحقه من خسارة وما فاته من ربح بسبب تقصير الآخر (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٩٢١) .

(٢) استئناف وطنى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٥٨ – ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ =

لاستحقاق الشرط الجزائى تطبيقاً للقواعد العامة فى المسئولية[١] . ثم انحسم الخلاف واستقر القضاء المصرى على الرأى الثانى وهو المتفق مع القواعد العامة[٢]. وجاء التقنين المدنى الجديد فنص صراحة على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزاء . إذ جرت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ من هذا التقنين بما يأتى : « لايكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر» . ويلاحظ من هذا النص أن الشرط الجزائى . بالنسبة إلى وقوع الضرر . لا يخلو من فائدة . فهو ينقل عبء الإثبات من عاتق الدائن إلى عاتق المدين . والمفروض . إذا وجد شرط جزائى . أن الضرر قد وقع . إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع[٣] .

ولا يستحق الشرط الجزائى إلا إذا قامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبى . أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أوكان فى المسئولية العقدية مباشراً ولكنه غير متوقع . فعند ذلك لا تتحقق المسئولية ، ولا يستحق التعويض . فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائى[٤] .

= الحقوق ٢٥ ص ٦١ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٦٩ ص ١٢٨ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ — ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١١٧ — استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ — ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٧٠ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ .

(١) استئناف وطنى ٢٩ نوفبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص ٨٥ — ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ٦٤ — ١٠ نوفبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٢٩ ص ٤٤ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٠٩ — ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٣٣ — ٧ نوفبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٣ — استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٢ — ١٢ نوفبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٦ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٨ — ٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧١ .

(٢) محكمة استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ — وانظر : نقض مدنى ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٤ ص ٩٤٦ .

(٣) نقض مدنى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠ ص ٥٤ — ١٢ نوفبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٩٧ ص ٦٤١ .

(٤) ومع ذلك يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم ، ويكون هذا بمثابة اتفاق على تشديد المسئولية وتحميل المدين تبعة الحادث الفجائى .

وإعذار المدين هو الشرط الرابع والأخير لاستحقاق الشرط الجزائى ، وذلك فى جميع الأحوال التى يجب فيها إعذار المدين (١). أما فى الأحوال التى لا ضرورة فيها للإعذار فإنه لا يشترط(٢) . وقد تقدم بيان هذه الأحوال .

المطلب الثانى

التكييف القانونى للشرط الجزائى

٨٢٤ — الالتزام بالشرط الجزائى تابع الالتزام الأصلى : قدمنا أن الالتزام بالشرط الجزائى هو التزام تابع لالتزام أصلى . أما الالتزام الأصلى فهو ما التزم به المدين أصلا بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام . فقد يلتزم بنقل حق عينى أو بعمل أو بامتناع عن عمل ثم يتفق مع الدائن على مبلغ معين يقدر ان به التعويض فيما إذا أخل المدين بالتزامه . ويترتب على أن الالتزام بالشرط الجزائى التزام تابع أمران :

(الأمر الأول) أن العبرة بالالتزام الأصلى لا بالشرط الجزائى . فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلى مادام تنفيذه ممكنا . كذلك لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلى(٣) . وينبنى على ذلك أن الشرط الجزائى . كالتعويض . لا يعتبر التزاما تخييريا ولا التزاما بدليا . فهو ليس بالتزام تخييرى . لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلى والشرط الجزائى فيطلب تنفيذ أيهما يريد . بل ليس له إلا أن يطلب تنفيذ الالتزام الأصلى مادام هذا ممكنا . وكذلك المدين لا يملك هو أيضاً هذا الخيار . وليس له إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصلى ما أمكنه ذلك . والشرط الجزائى ليس بالتزام

---

(١) استئناف وطنى ٢١ يونيه سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ٤٩ — استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٤ ص ٦٧ — استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٦ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩ . وقد قدمنا أن مجرد وجود شرط جزائى لا يعفى من الإعذار . ولا يعتبر وجود هذا الشرط اتفاقاً صريحاً أو ضمنيا على إعفاء الدائن من إعذار المدين (انظر آنفاً فقرة ٨١٤ فى الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ (لا ضرورة للإعذار فى شرط جزائى لالتزام بالامتناع عن عمل) .

(٣) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٩ .

بدلى . لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلى إذا كان ممكنا إلى تنفيذ الشرط الجزائى بديلا عن الالتزام الأصلى . فإنما الالتزام بالشرط الجزائى هو التزام تابع للالتزام الأصلى . يبقى ببقائه وينقضى بانقضائه . فإذا ما أصبح تنفيذ الالتزام الأصلى مستحيلا بخطأ المدين تغير محل الالتزام الأصلى وأصبح تعويضا تكفل الشرط الجزائى بتقديره .

(والأمر الثانى) أن بطلان الالتزام الأصلى يستتبع بطلان الشرط الجزائى . ولا عكس . فإذا كان الالتزام الأصلى باطلا كان الشرط الجزائى باطلا كذلك . مثل ذلك أن يتعهد شخص بارتكاب جريمة . وإلا دفع مبلغا معينا من المال كشرط جزائى فيكون كل من الالتزام الأصلى والشرط الجزائى باطلا . ولكن إذا كان الشرط الجزائى باطلا فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلى باطلا . مثل ذلك أن يشترط الدائن المرتهن كشرط جزائى إذا لم يستوف الدين عند حلوله أن يبيع العين المرهونة دون اتباع الإجراءات الواجبة قانونا أو أن يتملك العين . ففى هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلا دون أن يبطل الالتزام الأصلى[1] .

٨٢٥ — تمييز الشرط الجزائى عما يشتبه به من أوضاع : ويتبين من تكييف الشرط الجزائى على النحو الذى قدمناه أن هذا الشرط يشتبه بأوضاع قانونية أخرى ، وبخاصة يشتبه بالعربون وبالتهديد المالى .

فيشتبه الشرط الجزائى بالعربون إذا كانت دلالة العربون هى جواز العدول عن العقد ، فقد يحمل العربون على أنه شرط جزائى لتقدير التعويض فى حالة العدول عن العقد . ولكن الفرق كبير بين العربون والشرط الجزائى . ويظهر هذا الفرق من الوجوه الآتية : (١) العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد فيجب دفعه حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر ، أما الشرط الجزائى فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر كما قدمنا . (٢) العربون لا يجوز تخفيضه . أما الشرط

---

(١) ويترتب على تبعية الشرط الجزائى أيضاً أن الدائن إذا اختار ، عند إخلال المدين بالتزامه الأصلى ، فسخ العقد بدلا من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائى ، سقط الالتزام الأصلى بمجرد فسخ العقد ، وسقط معه الشرط الجزائى لأنه تابع له . ويطالب الدائن فى هذه الحالة بالتعويضات التى يقدرها القاضى عن فسخ العقد ، ولا يطالب بالتعويض المقدر فى الشرط الجزائى .

الجزائي فيجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر كما سنرى . (٣) العربون التزام بدلي فيمكن للمدين أن يدفع العربون بدلا من الالتزام الأصلي حتى لو كان تنفيذ هذا الالتزام الأخير ممكنا وطلبه الدائن . أما الشرط الجزائي فقد قدمنا أنه ليس بالتزام بدلي ولا التزام تخييري فلا يجوز للمدين دفعه بدلا من الالتزام الأصلي إذا كان تنفيذ هذا الالتزام الأخير ممكنا وطلبه الدائن(١) .

كذلك قد يشتبه الشرط الجزائي بالتهديد المالي . فإذا حكم القاضي على مقاول تأخر في تسليم العمل بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه ، أو اتفق المتعاقدان مقدما على أن يدفع المقاول مبلغا كبيراً يقرب من الغرامة التهديدية عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل ، ففي الحالتين يبدو أن المبلغ المقدر إنما وضع للتهديد أكثر مما وضع للتعويض عن ضرر . وفي الحالتين كذلك يخفض القاضي هذا المبلغ المقدر : في الغرامة التهديدية عندما يحولها إلى تعويض نهائي . وفي الشرط الجزائي عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة كما سنرى . ولكن الذي يميز بين الوضعين في مثل هذه الأحوال أن الغرامة التهديدية حكم يصدر من القاضي ولا يقصد به تقدير التعويض عن ضرر ، أما الشرط الجزائي فاتفاق يتم مقدما بين الطرفين ويقصد به تقدير التعويض عن ضرر .

المبحث الثاني

ما يترتب على الشرط الجزائي من أثر

٨٣٦ — نصوص قانونية : تنص المادة ٢٢٤ مدني على ما يأتي :

« ١ — لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر . ٢ — ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض اذا أثبتت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه . ٣ — ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٢ .

وتنص المادة ٢٢٥ مدنى على ما يأتى : « إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما »[١] .

ويتبين من هذه النصوص أنه متى كان الشرط الجزائى مستحقاً لم يبق إلا القضاء به على المدين . ولكن الشرط الجزائى لا يستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر . وقد مر القول فى ذلك . يبقى بعد هذا أن الشرط الجزائى – كما تقول النصوص سالفة الذكر – قابل للتخفيض وقابل للزيادة ، فنبحث متى يجوز تخفيضه ومتى تجوز زيادته .

٨٢٧ – متى يجوز تخفيض الشرط الجزائى : يتبين من نص الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ مدنى سالفة الذكر أنه يجوز للقاضى أن يخفض الشرط الجزائى فى حالتين :

(الحالة الأولى) إذا نفذ المدين الالتزام الأصلى فى جزء منه . ذلك أن الشرط الجزائى يوضع عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلا . فإذا نفذ جزءاً من التزامه وجب تخفيض الشرط الجزائى بنسبة هذا الجزء[٢] . ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئى على المدين[٣] .

(الحالة الثانية) إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض فى الشرط الجزائى كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . وهنا نفرض أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه أصلا أو تأخر فى التنفيذ مدة استحق من أجلها التعويض المقدر فى الشرط

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٢٥–٢٢٦ (مطابق)– الليبى م ٢٢٧–٢٢٨ (مطابق) – العراقى م ١٧٠/٢و٣ (موافق) – اللبنانى ٢٦٦/٢و٣ – ٢٦٧ (موافق) .

(٢) نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ – استئناف وطنى ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ – استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ – ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ – ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٧ – أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ .

(٣) وقد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائى إذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلى تنفيذاً سليما ، سواء كان ذلك بأن لم ينفذه أصلا أو نفذه تنفيذا معيبا . وفى هذه الحالة يستحق الشرط الجزائى كله إذا كان هناك عيب فى التنفيذ . ولكن إذا كان هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائى كتعويض عنه مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، جاز للقاضى تخفيض الشرط الجزائى إلى الحد المناسب كما سنرى .

الجزائى . فى هذه الحالة يقضى التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٥٢) كما رأينا بأنه لايجوز تخفيض الشرط الجزائى أيا كان تقدير التعويض . ويطبق القضاء الفرنسى هذا الحكم تطبيقا دقيقا ، ويبرر موقفه فى ذلك بأن الفائدة المتوخاة من الشرط الجزائى إنما هى قطع السبيل على المدين فى المحاجة والجدل فى مقدار التعويض المستحق[1] . وفى عهد التقنين المدنى السابق كان القضاء المختلط يذهب هو أيضاً إلى عدم جواز تخفيض الشرط الجزائى . ولو بدا أن التقدير المتفق عليه فى هذا الشرط مبالغ فيه إلى درجة كبيرة[2] . أما القضاء الوطنى فإنه ، بعد تردد . استقر على جواز تخفيض الشرط الجزائى إذا اتضح أن تقدير التعويض فى هذا الشرط كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة[3] . وقد جاء التقنين

---

(١) وقد قدمنا أن القضاء الفرنسى يذهب إلى أبعد من ذلك ، فلا يشترط فى استحقاق الشرط الجزائى إثبات ضرر يلحق الدائن (انظر آنفاً فقرة ٨٢٣) .

(٢) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٨ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٦ — ١٩ مارس سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ١٣٥ ص ٢٨٧ — الدوائر المجتمعة ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٣ — ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٩ .

(٣) وقد كانت بعض أحكام القضاء الوطنى تقضى بأن المادة ١٢٣ مدنى أهلى صريحة فى وجوب القضاء بالشرط الجزائى على وجه الإطلاق ، فليس للمحاكم أن تقضى بأقل منه أو بأكثر (استئناف وطنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩٥ ص ١٤٩ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧ ص ١٣) . وتقضى أحكام أخرى بأنه إذا تبين للمحكمة أن الشرط الجزائى المنصوص عنه فى العقد مبالغ فيه . فلها أن تعتبره شرطاً تهديدياً لا يلتفت إليه وأن ترجع فى تقدير الضرر إن وجد إلى القواعد العامة (استئناف وطنى ٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٣ ص ٩١) . ثم حسمت محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة هذا الخلاف . فقضت بأنه إذا ثبت لدى القاضى بأن مقدار الشرط جائر وغير مقبول وغير متناسب مع الضرر الذى حصل فعلا للمتعهد إليه ، وبعبارة أخرى إذا تبين أن الشرط الجزائى إنما هو فى الواقع ونفس الأمر شرط تهديدى ليس إلا — وهذا أمر واقعى محض وخاص بكل قضية على حدتها — فإن له فى مثل هذه الحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على هذا التعويض الجائر ، وأن يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف وقائع الدعوى (استئناف مصر الدوائر المجتمعة ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣) . وأيدت محكمة النقض المبدأ الذى قررته الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف =

المدنى الجديد مقننا للقضاء الوطنى فى هذه المسألة . فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ مدنى كما رأينا على أنه « يجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة »[١]. فالشرط الجزائى المبالغ فيه ينطوى فى الواقع من الأمر على عقوبة فرضها الدائن على المدين . ومن ثم يكون هذا الشرط باطلا . ويعمد القاضى إلى تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة . هذا إلى أن الشرط الجزائى لايعرض إلا لتقدير التعويض المستحق ، فهو ليس سببا فى استحقاق التعويض بل يقتصر على مجرد تقديره مقدما وفقا لما قام أمام الطرفين وقت الاتفاق من اعتبارات وظروف . فإذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذى وقع لم يكن بالمقدار الذى ظنه الطرفان قبل وقوعه وأن تقديرهما للتعويض عن هذا الضرر كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . فإن الأمر لايخلو عندئذ من غلط فى التقدير وقع فيه المتعاقدان أو ضغط وقع على المدين فقبل شرطا يعلم مقدما أنه مجحف به[٢]. وفى الحالتين يكون الواجب تخفيض الشرط الجزائى إلى الحد الذى يتناسب مع الضرر[٣]. على أنه يلاحظ أن

= (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٦ ص ٦٧٦ – ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ – ٢١ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٢ ص ٧٠٦) .

ونرى مما تقدم أن هناك تدرجا فى موقف كل من القضاء الفرنسى والقضاء المختلط والقضاء الوطنى : فالقضاء الفرنسى لا يجيز تخفيض الشرط الجزائى ولا يشترط وقوع الضرر ، والقضاء المختلط لا يجيز تخفيض الشرط الجزائى ولكن يشترط وقوع الضرر . والقضاء الوطنى يجيز تخفيض الشرط الجزائى ويشترط وقوع الضرر فى وقت واحد .

(١) انظر أيضاً فى جواز تخفيض الشرط الجزائى المبالغ فيه التقنين المدنى الألمانى (م ٣٤٠ و٣٤٣) . وتقنين الالتزامات السويسرية (م ١٦١ و١٦٣) ، والتقنين المدنى الإيطالى الجديد (م ١٣٨٤) .

(٢) ويكون الشرط الجزائى فى هذه الحالة شرطاً تهديدياً قبله المدين . إما تحت تأثير الضغط ، أو لاعتقاده أنه سيقوم حتما بتنفيذ التزامه فلن يتعرض لتوقيع الشرط الجزائى عليه . فقبوله للشرط الجزائى يكون إذن عن إكراه . أو عن اندفاع وتسرع .

(٣) وغنى عن البيان أن الالتزام الأصلى إذا كان مبلغاً من النقود ، وكان الشرط الجزائى خاصا بالتعويض عن تأخر المدين فى الوفاء بهذا الالتزام ، واتفق المتعاقدان على فوائد أكثر من الحد الأقصى الذى يسمح به القانون ، فإنه يجب فى هذه الحالة تخفيض الشرط الجزائى وإنزال الفوائد إلى الحد المسموح به .

الشرط الجزائى . بالرغم من عدم الحكم به عند انعدام الضرر أو تخفيضه إذا كان غير متناسب مع الضرر الذى وقع . لاتزال فائدته محققة للدائن من وجوه ثلاثة : (١) بجعل ، كما قدمنا ، وجود الضرر مفروضاً لايكلف الدائن بإثباته ، فإذا ادعى المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر فعليه هو لا على الدائن عبء الإثبات . (٢) بجعل من المفروض أن تقدير التعويض الوارد فى الشرط هو تقدير صحيح فإذا ادعى المدين أنه تقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . فعليه هو لا على الدائن عبء الإثبات[١] . (٣) وما لم يثبت المدين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . فإن القاضى لايخفض الشرط الجزائى حتى لو زاد التقدير الوارد فيه على الضرر زيادة غير كبيرة . وحتى إذا أثبت المدين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وخفض القاضى الشرط الجزائى . فإن التخفيض يكون إلى حد يتناسب مع الضرر ولايتحتم أن يكون مساويا للضرر . ومن ثم إذا وجد القاضى أمامه شرطا جزائيا سخيا فى التقدير . كان هذا من شأنه أن يجعل سلطة القاضى التقديرية فى حساب التعويض تسخو لمصلحة الدائن . فيبقى غالبا فى التعويض بعد تخفيضه سعة ينتفع هذا بها .

والأحكام التى قدمناها — وقوع ضرر لاستحقاق الشرط الجزائى وجواز تخفيض هذا الشرط للتنفيذ الجزئى أو للمبالغة فى التقدير — تعتبر من النظام العام . فلايجوز الاتفاق على ما يخالفها .

٨٢٨ — متى تجوز زيادة الشرط الجزائى : رأينا أن المادة ٢٢٥ مدنى تجيز زيادة الشرط الجزائى إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر . وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما[٢] . فإذا لم يثبت الدائن غش المدين أو خطأه الجسيم . لم تجز زيادة الشرط الجزائى ولو جاوز الضرر التعويض المقدر . ويكون الشرط الجزائى فى هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسئولية المدين . والاتفاق على التخفيف من المسئولية جائز إلا فى حالتى الغش والخطأ

---

(١) وتقدير ما إذا كان التعويض مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أمر موضوعى يترك لقاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٣) .

(٢) استئناف مصر ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٦٥ .

الجسيم (م ٢١٧/٢ مدنى) . على أنه لاتجوز زيادة الشرط الجزائى إذا جاوز الضرر التعويض المقدر . ولو فى حالتى الغش والخطأ الجسيم . إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم صادراً من الأشخاص الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه . فإنه يجوز للمدين هنا أن يشترط عدم مسئوليته أصلا . فأولى أن يشترط التخفيف من مسئوليته[1] .

الفرع الثالث

التعويض القانونى أو الفوائد

(Les intérêts)

٨٢٩ — التعويض القانونى عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود : أهم حالة[2] عمد فيها المشرع إلى التدخل وتكفل بتحديد التعويض فى نصوص تشريعية هى حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود . فإن التعويض الذى يجوز أن يرتبه القانون على هذا الالتزام — سواء كان تعويضاً عن التأخر فى دفعه أو كان تعويضاً عن الانتفاع برأس المال[3] — تحدده النصوص التشريعية فى صورة فوائد (intérêts) . ويتكفل القانون بتحديد هذه الفوائد[4] .

---

(١) كذلك لا يجوز الاتفاق على شرط جزائى يكون من التفاهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين إلى اشتراط إعفائه من المسئولية التقصيرية . ففى هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلا . وللقاضى أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذى ورد فى الشرط الجزائى (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٧) .

(٢) ذلك أنه توجد حالات أخرى تكفل فيها المشرع بتحديد التعويض ، من ذلك التعويضات المقدرة التى حددها القانون فى شأن إصابات العمل ، وفى شأن أمراض المهنة . وفى شأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب .

(٣) أما التعويض عن عدم التنفيذ فلا يتصور فى الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فإن التنفيذ العينى يكون دائماً مستطاعا (انظر آنفاً فقرة ٧٩٢ وفقرة ٨٠٨ فى الهامش) .

(٤) والسبب فى ذلك كراهية الربا ، فحدد المشرع لفوائد رؤوس الأموال ، تأخيرية كانت أو تعويضية ، سعراً قانونيا وسعراً اتفاقيا . وتشدد فى مبدأ سريان الفوائد فجعله من وقت المطالبة القضائية عند عدم الاتفاق على وقت آخر . وأجاز استرداد مايدفع زائداً على السعر المقرر ، ومنع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ووقف بمجموع الفوائد عن أن تجاوز رأس المال ، وأعفى المدين فى حالات معينة من دفع الفوائد حتى فى الحدود التى قررها .

ولعلاج هذا الموضوع نستعرض : (أولا) شروط استحقاق الفوائد . (ثانيا) مقدار الفوائد كما حددها القانون .

المبحث الأول

شروط استحقاق الفوائد

٨٣٠ — نصوص قانونية : تنص المادة ٢٢٦ مدنى على ما يأتى : « إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود . وكان معلوم المقدار وقت الطلب . وتأخر المدين فى الوفاء به . كان ملزماً بأن يدفع للدائن . على سبيل التعويض عن التأخر . فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها . إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » . وتنص المادة ٢٢٧ مدنى على ما يأتى : « ١ — يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألاّ يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة. فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة . وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر . ٢ — وكل عمولة أو منفعة . أيا كان نوعها . اشترطها الدائن . إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره . تعتبر فائدة مستترة . وتكون قابلة للتخفيض إذا ما ثبتت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة[1] مشروعة » . وتنص المادة ٢٢٨ على ما يأتى : « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير . قانونية كانت أو اتفاقية . أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير »[2] .

---

(١) ورد فى النص الرسمى « منفعة » ، وصحتها « نفقة » ، والخطأ مادى محض .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٢٧ — ٢٢٩ (مطابق ، فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاقى فى التقنين السورى هو ٩٪) — الليبى م ٢٢٩ — ٢٣١ (مطابق ، =

ويؤخذ من هذه النصوص أن هناك نوعين من الفوائد : (١) فوائد تأخيرية للتعويض عن التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود . (٢) وفوائد تعويضية للتعويض عن الانتفاع برؤوس الأموال . ولكل من هذين النوعين من الفوائد شروط استحقاق خاصة به . ثم إن هناك شروطا عامة تحدد المنطقة التى تستحق فى دائرتها الفوائد سواء كانت تأخيرية أو تعويضية . فنبدأ بهذه الشروط العامة . ثم نستعرض شروط استحقاق الفوائد التأخيرية . فشروط استحقاق الفوائد التعويضية .

٨٣١ — الشروط العامة التى تحدد منطقة استحقاق الفوائد : تقول المادة ٢٢٦ مدنى فى صدرها كما رأينا : « إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود، وكان معلوم المقدار وقت الطلب .. » . فيجب إذن . لتحديد منطقة استحقاق الفوائد . أن يكون هناك التزام بدفع مبلغ من النقود . وأن يكون هذا المبلغ معلوم المقدار عند الطلب .

يجب أن يكون هناك التزام بدفع مبلغ من النقود . فالعبرة إذن بمحل الالتزام . ومادام هذا المحل هو دفع مبلغ من النقود فمن الجائز أن تكون هناك فوائد مستحقة . ولا عبرة بمصدر الالتزام . فقد يكون هذا المصدر عقداً وهو الغالب . مثل ذلك التزام المقترض برد النقود التى اقترضها والتزام المشترى بدفع الثمن [١] . وقد يكون مصدر الالتزام غير العقد . كالالتزام برد غير المستحق إذا كان ما دفع دون حق نقوداً . والالتزام بدفع النفقة إذا قدرت مبلغا من النقود كما هى العادة .

= فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاقى فى التقنين الليبى هو ١٠٪) — العراق م ١٧١ — ١/١٧٣ (موافق) — اللبنانى م ٢٦٥ /١ و٧٦٧ (مقارب ، والتقنين اللبنانى يجعل السعر القانونى ٩٪ وفقاً لقانون المرابحة العثمانى ، ولا يشترط حداً أقصى للسعر الاتفاقى ولكن يستوجب أن يكون مكتوبا ، ويكتفى فى التقنين اللبنانى الإنذار بالكتابة لسريان الفوائد) .

(١) وقد يكون المصدر وصية . فإذا ستر الوصية قرض بفوائد اتفاقية ، ثم حكم بأن القرض حقيقته وصية ، فلا يعتد بالفوائد الاتفاقية المقررة على القرض . وإنما يكون المستحق هو فوائد تأخيرية بالسعر القانونى تلتزم بها التركة . ولوجاوزت الفوائد التأخيرية بإضافتها إلى مبلغ الوصية ثلث التركة . إذ تعد الفوائد التأخيرية فى هذه الصورة تعويضاً عن عدم الوفاء بالمبلغ الموصى به والذى استحق فعلا للموصى له بوفاة الموصى (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٤ ص ٨٣٧) .

والالتزام بدفع مبلغ من النقود يجب أن يكون معلوم المقدار وقت الطلب[١]. والمقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب – كما قررت محكمة النقض – هو أن يكون تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة رحبة فى التقدير[٢]. فالتعويض عن العمل غير المشروع يعتبر غير معلوم المقدار وقت الطلب لأن للقاضى سلطة واسعة فى تقديره. فلا تسرى فوائد التأخير من يوم المطالبة القضائية. وإنما تسرى من وقت صدور الحكم إذا كان المدعى قد طالب بالفوائد فى صحيفة الدعوى[٣]. وكذلك كل تعويض مستحق عن عدم تنفيذ الالتزام أيا كان مصدره. مادام تقدير هذا التعويض خاضعا لمطلق تقدير القاضى. يعتبر غير معلوم المقدار وقت الطلب. فيسرى عليه الحكم المتقدم[٤]. أما إذا كان تحديد مقدار الالتزام

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٦ مدنى يشترط أن يكون الالتزام معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام. فكان هذا الشرط يخرج الالتزام بالتعويض إذا كان ناشئا عن عمل غير مشروع. واقترح فى لجنة مجلس الشيوخ حذف هذا الشرط، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التى يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع. وأدخلت اللجنة تعديلا فى النص، فأصبح الواجب أن يكون الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب لا وقت نشوء الالتزام. أما فى التقنين المدنى السابق، فلم يكن مشترطا معلومية المقدار وقت الطلب، ولذلك كان يقضى بسريان الفوائد التأخيرية منذ المطالبة القضائية حتى فى التعويض عن عمل غير مشروع (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦ ص ٧٢ – ٦ نوفمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٧ ص ٦٧٧).

(٢) نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧٩ ص ٥٥٤ – ٢٥ يونيه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٣٦ ص ٨٧٨.

(٣) والذى يتم فى العمل أن القاضى يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن العمل غير المشروع، ويدخل فى تقديره الضرر الأصلى الناشئ عن خطأ المسئول والضرر الناشئ عن التأخير فى دفع النقود إلى يوم النطق بالحكم، فيجمع التعويضين فى مبلغ واحد (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٧٨ ص ٧٣٣ – استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ – ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٤ – ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ – ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٦ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٥ – وانظر آنفاً فقرة ٣٩٦).

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الشارع قد قصد من عبارة «وقت الطلب». التى استبدلت بعبارة «وقت نشوء الالتزام» الواردة بالمشروع التمهيدى للقانون، منع سريان الفوائد على التعويض=

وقت الطلب قائماً كما قدمنا على أسس ثابتة يمتنع معها أن يكون للقاضى سلطة واسعة فى التقدير . فإن الالتزام يعتبر معلوم المقدار عند الطلب . حتى لو نازع فيه الخصم الآخر(١) . فالالتزام برد مبلغ القرض يعتبر التزاما معلوم المقدار عند الطلب . فتسرى الفوائد التأخيرية من وقت المطالبة القضائية بها لا من

= عن العمل غير المشروع من تاريخ المطالبة القضائية . والحكمة من تقرير هذه القاعدة تتحقق أيضاً بالنسبة إلى التعويض عن الخطأ العقدى متى كان التعويض المطالب به عن هذا الخطأ مما يرجع فيه إلى تقدير القاضى المطلق . لأن المبلغ المطالب به فى الحالتين لا يكون « معلوم المقدار وقت الطلب » . ومتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى فى دعوى التعويض عن خطأ تعاقدى بالفوائد عن مبلغ التعويض المحكوم به من تاريخ المطالبة الرسمية . فإنه يكون قد خالف القانون فى خصوص تحديد بدء سريان الفوائد . التى لا تستحق فى هذه الحالة إلا من تاريخ صدور الحكم الاستئنافى الصادر بالتعويض باعتبار أنه التاريخ الذى يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٩ ص ٢٥٢ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٦٣ ص ١١٣٩) – وقضت أيضاً بأن المقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار أن يكون تحديد مقداره قائماً على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة رحبة فى التقدير . وعدم جواز القضاء بالفوائد من تاريخ المطالبة الرسمية بالنسبة إلى التعويض عن العمل غير المشروع يقتضى تطبيق الحكم ذاته على التعويض المستحق عن عدم تنفيذ الالتزام بمعناه الدقيق . أيا كان مصدره . كلما كان تقدير هذا التعويض خاضعا لمطلق تقدير القاضى . وإذ كان التعويض المستحق للطاعن عن نزع ملكية أرضه للمنفعة العامة هو مما يخضع لسلطة القاضى التقديرية البحتة . فإن تحديد الطاعن لما يطلبه فى صحيفة دعواه لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذى قصده القانون ، وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائى فى الدعوى باعتبار أنه التاريخ الذى يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار . وتاريخ الحكم النهائى بالتعويض عن العمل غير المشروع هو الوقت الذى يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار والذى يبتدئ منه بالتالى استحقاق الفوائد ، فلا يحول دون الحكم بها القول بأنها لم تترتب بعد فى الذمة ، ذلك أن القضاء بالفوائد إنما هو تقرير لحق الدائن فيها قبل مدينه إذا تأخر فى الوفاء (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧٩ ص ٥٥٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢٢٦ مدنى أنه متى كان المدعى قد حدد فى عريضة دعواه المبلغ الذى يطالب به وثبت استحقاقه ، فإنه ليس من شأن المنازعة فى استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب . فإذا كانت الطاعنة قد حددت المبلغ الذى تطالب به مع فوائده فى عريضة دعواها ، ولم يكن من شأن منازعة المطعون عليها فى استحقاقه أن يجعل المبلغ المدعى به غير معلوم المقدار وقت الطلب ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون فى إسناده تاريخ استحقاق الفائدة إلى يوم الحكم الابتدائى ، دون أن يلتزم حكم المادة ٢٢٦ مدنى ويقضى بالفائدة من يوم المطالبة القضائية (نقض مدنى ٢٦ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦ ص ٧٢) .

وقت صدور الحكم . وكذلك الأمر فى الالتزام بدفع ثمن المبيع ، والالتزام برد غير المستحق[1].

٨٣٢ — شروط استحقاق الفوائد التأخيرية : حتى تتحقق مسئولية المدين بوجه عام ، وفقاً للقواعد العامة ، يجب أن يكون هناك خطأ فى جانب المدين وضرر يلحق الدائن وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر . يضاف إلى هذه الشروط الثلاثة ، وفقاً للقواعد العامة أيضاً ، إعذار المدين . ونستعرض هذه الشروط الأربعة بالنسبة إلى مسئولية المدين عن التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود ، وسنراها تتحور عما كانت عليه فى الأصل .

أما خطأ المدين فى التأخر عن الوفاء بالمبلغ فهو عبارة عن التأخر ذاته ، لأن التزام الوفاء بمبلغ من النقود فى ميعاد معين هو التزام بتحقيق غاية ، فمجرد التأخر فى الوفاء عن الميعاد المعين هو الخطأ . أما عن الضرر وعلاقة السببية فقد رأينا أن المادة ٢٢٨ مدنى تنص على أنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » . فالقانون يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن مجرد تأخر المدين عن الوفاء يحدث

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاحتجاج بأن المبالغ المحكوم على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر معلومة المقدار إلا من تاريخ الحكم النهائى بردها ، فيكون حكمها حكم التعويض المقضى به عن عمل غير مشروع والذى لا يجوز الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ٢٢٦ مدنى — هذا الاحتجاج مردود بأنه قياس مع الفارق . ذلك بأن سلطة محكمة الموضوع فى تقدير التعويض تخولها أن تدخل فى حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضى ، مما يغنى المدعى عن طلب فوائد التأخير عن دفع مبلغ التعويض ... ولكن هذا الاعتبار لا ينطبق على طلب الممول رد ما أخذ منه بغير حق ، ذلك أن المطعون فيه قد حدد فى عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذى تطالب مصلحة الضرائب برده على أساس أنها أخذته منه بغير حق . وليس من شأن المنازعة فى استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب (نقض مدنى ٤ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ — ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ — ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣ — ٣ نوفبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٣ ص ١٤٣٥) .

ويعتبر معلوم المقدار وقت الطلب مقابل الإجازة المستحق للعامل وبدل الإنذار ومكافأة نهاية الخدمة ، إذ هى محددة بمقتضى قانون عقد العمل . وليس للقاضى سلطة تقديرية فى تحديدها ، وبالتالى فهى لا تعتبر فى حكم التعويض (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٩ ص ٣٨) .

ضرراً للدائن[1] . والسبب فى افتراض كل من الضرر وعلاقة السببية هنا معقول . فإن الدائن الذى لم يستوف المبلغ من النقود فى الميعاد الواجب ، إما أن يكون فى حاجة إلى هذه النقود فيقترضها فتصيبه خسارة من تأخر المدين هى الفوائد التى يدفعها عادة لاقتراض المبلغ ، أو أن يكون فى غير حاجة إليها ولكن النقود يمكن عادة استغلالها وعندئذ يكون الدائن قد فاته ربح من جراء تأخر المدين هى الفوائد التى يتقاضاها عادة فى استغلال المبلغ . ويتبين من ذلك أنه لاحاجة إلى استيفاء هذين الشرطين — الضرر وعلاقة السببية— ضمن شروط مسئولية المدين عن التأخر فى الوفاء بالمبلغ من النقود ، مادام القانون يفترض تحققهما افتراضا لايقبل إثبات العكس . أما إعذار المدين ، وهو الشرط الرابع ، فيتحور هنا أيضا ، بل يتشدد فيه القانون فيستبدل به كقاعدة عامة المطالبة القضائية.

ونرى من ذلك أن الشروط الأربعة قد آلت إلى شرطين اثنين لابد من توافرهما لاستحقاق الفوائد التأخيرية : (١) تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه . (٢) ومطالبة الدائن بهذه الفوائد مطالبة قضائية . ونستعرض كلا من الشرطين :

١ — تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه : يكفى أن يتأخر المدين فى الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود عن ميعاد الاستحقاق حتى تستحق الفوائد التأخيرية بالسعر الذى يقرره القانون . وهذا السعر إما أن يكون سعراً متفقاً عليه من قبل ما بين الدائن والمدين[2] ويسمى بالسعر الاتفاقى (taux conventionnel) ، أو أن يكون هو السعر القانونى (taux légal) عند عدم الاتفاق على سعر آخر . ومن ذلك نرى أن فوائد التأخر إما أن تكون فوائد اتفاقية أو

---

(١) نقض مدنى ١١ يونيه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٣٠ ص ٨٢٨ — ويقضى هذا الحكم أيضاً بأن تراخى الدائن فى تنفيذ الحكم الصادر لصالحه لا يمنع من استحقاق الفوائد ، إذ كان على المدين أن يوفى بالدين . ويقضى كذلك بأن حجز الدائن ما للمدين تحت يده يمنعه من استغلال المال المحجوز ، فلا يجوز للمدين أن يتمسك بعدم استحقاق الدائن للفوائد بدعوى أنه كان يمكن للدائن أن ينتفع بالمال المحجوز تحت يده .

(٢) ويغلب أن يقع هذا الاتفاق عندما يكون مصدر الالتزام هو العقد ، فيكون الاتفاق على سعر الفوائد التأخيرية ضمن شروط هذا العقد . ولا مانع من أن يتم الاتفاق على سعر الفوائد الاتفاقية فى غير العقد الذى أنشأ الالتزام بدفع المبلغ من النقود ، بل فى خصوص التزام بدفع مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد .

فوائد قانونية ، وهى فى الحالتين فوائد تأخيرية (intérêts moratoires)[(١)].

٢ — مطالبة الدائن بالفوائد التأخيرية مطالبة قضائية : فلا يكفى مجرد إعذار المدين ، بل لابد من المطالبة القضائية (demande, citation en justice)[(٢)].

---

(١) وهذه الفوائد التأخيرية قد يضاف إليها : (أ) تعويضات تكميلية إذا نص القانون على ذلك (انظر مثلا م ٥١٠ مدنى وهى تقضى بدفع تعويض تكميلى إذا تأخر الشريك فى تقديم حصته فى الشركة وهى مبالغ من النقود ، فتلزمه فوائده من يوم استحقاقه ويلزمه تعويض تكميلى عند الاقتضاء) . (ب) تعويضات مستقلة عن الفوائد التأخيرية إذا أثبت الدائن أن هناك ضرراً لحقه بسبب خطأ آخر للمدين مستقل عن تأخره (م ٢٣١ مدنى وسيأتى بيانها) .

وعلى العكس من ذلك قد ينص القانون على منع الفوائد التأخيرية ، فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ وهو يقضى بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد عن المبالغ التى يحكم عليها بردها للممولين . وقبل نفاذ هذا القانون كانت الفوائد التأخيرية تستحق على مصلحة الضرائب وفقاً للقواعد العامة (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ — ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ — ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣ — ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٧ ص ٥٣٢ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٣٨ ص ١٠٥٤ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٣ ص ٨٠٤ — ٤ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٨ ص ٤٤٧) . وقضت محكمة النقض بأن المادة ٢٢٦ مدنى حددت سعر الفائدة فى حالة تأخر المدين عن الوفاء بأربعة فى المائة سنويا ، كما نصت المادة ١٠١ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المعدلة بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ على عدم جواز الحكم على مصلحة الضرائب بفوائد عن المبالغ التى يحكم بردها للممولين ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بإلزام مصلحة الضرائب برد المبلغ المحكوم به وفوائده بسعر ٥ ٪ من تاريخ المطالبة الرسمية حتى السداد ، فإنه يكون قد أخطأ فى تحديد سعر الفائدة بالنسبة إلى المدة التى تبدأ من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد ، ويتعين نقضه فى هذا الخصوص وتخفيض سعر الفائدة المقضى بها إلى ٤ ٪ ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وبوقف سريانها اعتباراً من ٤ سبتمبر سنة ١٩٥٠ تاريخ نفاذ القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ (نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩٩ ص ٧٦١ — ٤ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٨ ص ٤٤٧) .

(٢) وتعتبر مطالبة قضائية الطلبات الإضافية ودعاوى المدعى عليه والتدخل فى الدعوى وإدخال خصم ثالث فيها (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣) . وإذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ، فإن الفوائد التأخيرية لا تسرى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤) ، كذلك إذا سقطت الخصومة أو تركت (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٠) . وتبقى الفوائد سارية مادامت صحيفة الدعوى قائمة (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣) . وإذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، فالرأى الراجح =

بل لايكفى أن يطالب الدائن المدين بالدين وحده مطالبة قضائية ، فنص المادة ٢٢٦ مدنى سالف الذكر صريح فى وجوب المطالبة بالفوائد التأخيرية ذاتها بالإضافة إلى الدين[1] . على أن هذا الحكم ليس من النظام العام ، فيجوز للطرفين أن يتفقا على خلافه ، وعلى أن تسرى الفوائد التأخيرية من وقت الإعذار مثلا ، أو حتى من وقت حلول أجل الدين دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار[2] . كذلك قد يحدد العرف التجارى ميعادا آخر غير وقت

= أن الفوائد لا تسرى (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٨ - ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ - ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٢) ، واتنى قضى مع ذلك بأن رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، كما يقطع التقادم ، يجعل الفوائد تسرى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤) . والقضاء الفرنسى كان مستقراً على عدم سريان الفوائد عند رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة وذلك عندما كان التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٥٣) يشترط كالتقنين المدنى المصرى المطالبة القضائية لسريان الفوائد ، ولكن بعد أن عدل التقنين المدنى الفرنسى فى هذه المسألة بقانون ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ فأصبح الإعذار كافيا لسريان الفوائد ، أصبح طبيعيا أن يذهب القضاء الفرنسى إلى أن صحيفة الدعوى المرفوعة إلى محكمة غير مختصة تعدل الإعذار وتجعل الفوائد تسرى .

ولايكفى لسريان الفوائد التأخيرية التنبيه (commandement) (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٣٨ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ - ١٢ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٧٦) ، ولا حجز ما للمدين لدى الغير إذا لم يعقبه طلب صحة الحجز (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥) ، ولاطلب تقدير الأتعاب أو إعلان أمر التقدير مع التنبيه بدفع الأصل مع الفوائد (استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٢ - ٢٦ يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٢) . ولكن تستحق الفوائد منذ طلب الدخول فى التوزيع أو فى التفليسة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٥ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٨٥ - ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٥) .

ولايجوز طلب الفوائد لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . وقد قضت محكمة النقض بأن جواز إضافة الفوائد إلى الطلب الأصلى فى الاستئناف شرطه أن تكون الفوائد قد طلبت أمام محكمة الدرجة الأولى ، وأن يكون ما تطلب إضافته أمام محكمة الدرجة الثانية هو ما استجد منها بعد تقديم الطلبات الختامية (نقض مدنى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٦٤ ص ٤١٣) .

(١) وقد كانت هذه المسألة مختلفاً فيها فى عهد التقنين المدنى السابق لعدم ورود نص صريح يقضى بوجوب المطالبة القضائية بالفوائد ذاتها إلى جانب أصل الدين ، وقد ورد هذا النص فى التقنين المدنى الجديد فى المادة ٢٢٦ منه كما رأينا (وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها) ، فحسم الخلاف فى ذلك .

(٢) وهذا هو ما يقع عادة عند ما يتفق الطرفان على سعر اتفاقى للفوائد التأخيرية . ولذلك يكاد يكون شرط المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية مقصوراً على الفوائد التأخيرية بالسعر القانونى .

المطالبة القضائية لسريان الفوائد التأخيرية ، مثل ذلك الحساب الجارى فسنرى أن الفوائد تسرى فيه من وقت الخصم أو الإضافة دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار . وقد ينص القانون فى حالات خاصة عن أن الفوائد التأخيرية تسرى من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية ، فتسرى مثلا من وقت إعذار المدين أو من وقت حلول أجل الدين أو من وقت القيام بعمل معين(١) .

٨٣٣ — شروط استحقاق الفوائد التعويضية : أكثر ما تكون الفوائد التعويضية فى التزام بدفع مبلغ من النقود يكون مصدره العقد ، والمثل المألوف فى ذلك هو عقد القرض ، فالمقترض ينتفع بمبلغ القرض عادة فى مقابل فائدة يدفعها للمقرض . وقد تجب الفوائد التعويضية فى عقد البيع ، بأن يتفق المشترى مع البائع على تأجيل الثمن فى مقابل فوائد . فتكون الفوائد هنا فوائد تعويضية ، فإذا حل ميعاد دفع الثمن وتأخر المشترى فى الوفاء بقيت الفوائد سارية طوال مدة التأخير ولكنها تنقلب إلى فوائد تأخيرية وإن كانت بنفس السعر الاتفاقى . والذى يميز الفوائد التعويضية أنها تكون فوائد عن مبلغ من النقود لم يحل ميعاد استحقاقه ، فهو دين فى ذمة المدين طوال الأجل ، ويدفع المدين فى مقابل هذا الأجل — أى فى مقابل الانتفاع بهذا المبلغ مدة الأجل — الفوائد التعويضية التى يتفق عليها مع الدائن . أما إذا حل أجل استحقاق الدين ولم يوفه المدين ، فإن الفوائد التى تظل تسرى بعد حلول الأجل إلى أن يتم الوفاء تنقلب إلى فوائد تأخيرية ، لأنها تعتبر عندئذ بمثابة تعويض عن تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه(٢) .

---

(١) انظر أمثلة لذلك : م ٤٥٨/١ مدنى (لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى ، أو إذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره) — م ٥١٠ مدنى (فوائد الحصة فى الشركة تستحق من وقت استحقاق الحصة من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار) — م ٧٠٦ مدنى (تستحق فوائد المبالغ التى استخدمها الوكيل لصالحه من وقت استخدامها ، وعلى الوكيل فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر) — م ٧١٠ مدنى (على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق) — م ٨٠٠ (للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع) .

(٢) ومن ثم يندر أن توجد حالة تستحق فيها فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد ، فإن الدين الذى يكون مصدره غير العقد ينشئه القانون عادة منجزاً من وقت —

والفوائد التعويضية ، على النحو الذى قدمناه ، لا تستحق إلا باتفاق يتم بين الدائن والمدين . فالمقترض لايدفع فوائد تعويضية عن مبلغ القرض إلا إذا اتفق على ذلك مع الدائن (م٩٤٢ مدنى) ، والمشترى لايدفع فوائد تعويضية عن الثمن المؤجل إلا إذا اتفق على ذلك مع البائع [١] . فاتفاق الدائن مع المدين هو الشرط فى استحقاق الفوائد التعويضية . وهذا الاتفاق ذاته يحدد أيضاً سعر هذه الفوائد ، على ألا تجاوز الحد الأقصى الذى قرره القانون وسيأتى بيانه . ونرى من ذلك أن الفوائد التعويضية لا يمكن أن تكون إلا بسعر اتفاقى ، وليس لها سعر قانونى . أما الفوائد التأخيرية فقد رأينا أن سعرها قديكون سعراً قانونيا ، وقد يكون سعراً اتفاقيا .

المبحث الثانى

مقدار الفوائد كما حددها القانون

٨٣٤ – سعر الفائدة وجواز التخفيض والزيادة : يتدخل القانون ، كما مر القول ، فيحدد الفائدة : السعر القانونى والحد الأقصى للسعر الاتفاقى . وقد أجاز التقنين المدنى الجديد – كراهية منه للربا – النزول عن الحدود المقررة فى حالات معينة . ولكنه أجاز ، من ناحية أخرى ، فى حالات معينة أيضاً ، الزيادة على هذه الحدود .

فنستعرض : (١) سعر الفائدة . (٢) جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة فيها .

= أن ينشأ ، فما عسى أن يستحق عليه من الفوائد بعد حلوله يكون فوائد تأخيرية . والعقد – أو التصرف القانونى بوجه عام – هو الذى ينشىء الدين إلى أجل ، ويرتب عليه فوائد تعويضية طوال مدة هذا الأجل .

(١) أما ما قررته المادة ٤٥٨ مدنى من أن للبائع الحق فى الفوائد القانونية عن الثمن إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، فيقصد به حق البائع فى استيفاء فوائد تأخيرية عن ثمن حل ميعاد الوفاء به .

المطلب الأول

سعر الفائدة

٨٣٥ — سعر الفوائد التأخيرية : رأينا أن سعر الفوائد التأخيرية إما أن يكون سعراً قانونيا ، أو أن يكون سعراً اتفاقيا .

فالسعر القانونى فى المسائل المدنية هو ٤٪ . وفى المسائل التجارية هو ٥٪ .[1] وبهذا قضت المادة ٢٢٦ مدنى[2] على ما مر . والعبرة بالمدين فى التمييز بين المسائل المدنية والمسائل التجارية ، فإذا كان المدين غير تاجر فالفائدة تحسب بالسعر القانونى فى المسائل المدنية — ٤٪ — حتى لو كان الدائن تاجراً والعملية تجارية[3] . ويلاحظ أن السعر القانونى الجديد — وقد خفض عن السعر القانونى فى عهد التقنين المدنى السابق — يسرى من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فالفوائد القانونية المستحقة ابتداء من هذا التاريخ على مبالغ من النقود تحسب بسعر ٤٪ أو ٥٪ ، حتى لو نشأت الديون عن عقود أبرمت أو وقائع حدثت قبل هذا التاريخ[4] .

---

(١) وقد كان السعر القانونى للفوائد التأخيرية فى التقنين المدنى السابق ، فى مبدأ الأمر ، ٧٪ فى المسائل المدنية و ٩٪ فى المسائل التجارية . ثم خفض هذا السعر المرتفع إلى ٥٪ و ٧٪ بالأمر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . ثم خفض السعر فى المسائل التجارية إلى ٦٪ بالمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ . ثم خفض التقنين المدنى الجديد السعر القانونى إلى ٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية كما رأينا .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المبلغ المطالب بالفوائد عنه هو تعويض اتفاق نص فى العقد على استحقاقه عند تأخر البائع فى تسلم أية كمية من الأقطان المبيعة دون أن يحدد الاتفاق سعراً معيناً للفائدة عنه أو مبدأ لسريانها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالفائدة القانونية عن هذا المبلغ بسعر ٤٪ من تاريخ المطالبة القضائية يكون قد أعمل نص المادة ٢٢٦ مدنى ولم يخالف القانون أو يخرج عن نصوص العقد (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٩٦ ص ١٢٤٦) .

(٣) استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٠٨ ص ٢٩٩ .

(٤) نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٣ ص ١٣٤٥ — ٢ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣ ص ٤٣ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩٢ ص ٧١٢ — انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ — روبييه فى تنازع القوانين بالنسبة إلى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ فقرة ٧٨ وفقرة ٨٧ .

أما السعر الاتفاقى للفوائد التأخيرية فيجب ألا يزيد على ٧٪ ، وقد يكون أقل من ذلك ، بل قد يكون أقل من السعر القانونى ، حسب الاتفاق الذى يتم بين الدائن والمدين . وهذا الحد الأقصى للسعر الاتفاقى قررته المادة ٢٢٧/١ مدنى على ما رأينا . وتستوى فيه المسائل المدنية والمسائل التجارية[١] . ويلاحظ أن السعر الاتفاقى الجديد — وقد خفض من السعر الاتفاقى فى عهد التقنين المدنى السابق — يسرى هو أيضاً من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، حتى بالنسبة إلى العقود التى أبرمت قبل هذا الوقت ، لأن سعر الفائدة يعتبر من النظام العام . فإذا اتفق الدائن والمدين ، قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على أن يكون سعر الفوائد التأخيرية هى ٨٪ ، وبقيت هذه الفوائد التأخيرية سارية إلى ما بعد نفاذ التقنين الجديد ، فإنها تحسب بسعر ٨٪ إلى يوم ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم تحسب ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ بسعر ٧ ٪ وفقاً لأحكام التقنين الجديد .

٨٣٦ — سعر الفوائد التعويضية : ليس للفوائد التعويضية إلا سعر واحد هو السعر الاتفاقى كما قدمنا ، والحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفوائد التعويضية هو نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفوائد التأخيرية . وبهذا تقضى ، كما رأينا ، الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مدنى إذ تقول : « يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد السعر على ٧٪ » . والحالات الأخرى ، غير حالة تأخير الوفاء ، التى تشترط فيها الفوائد هى حالات الفوائد التعويضية[٢] . ويسرى هذا السعر المخفض من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، حتى بالنسبة إلى العقود التى أبرمت قبل هذا الوقت . فإذا اقترض شخص قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مبلغاً من النقود بسعر ٨٪ ، وكان ميعاد حلول القرض

---

(١) وقد كان الحد الأقصى للسعر الاتفاقى فى التقنين المدنى السابق ، فى مبدأ الأمر ، هو ١٢٪ ، ثم خفض إلى ٩٪ بالأمر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ، ثم إلى ٨٪ يجوز تخفيضها بمرسوم إلى ٧٪ بالمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، ثم إلى ٧٪ بالتقنين المدنى الجديد كما رأينا .

(٢) وقد كان الحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفوائد التعويضية فى عهد التقنين المدنى السابق ، وفقاً للمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٨٪ ، أى نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفوائد التأخيرية ، وقد خفضه التقنين المدنى الجديد إلى ٧٪ كما رأينا .

بعد يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإنه يؤدى الفوائد بسعر ٨٪ إلى يوم ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم بسعر ٧٪ ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩[(١)].

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ مدنى ، كما رأينا ، على أن «كل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة »[(٢)]. وعبء الإثبات يحمله المدين ، لأنه يطعن بالصورية فيما اتفق عليه مع الدائن ، ويتمسك بأن حقيقة العمولة أو المنفعة هى فوائد ربوية ، ولكن له أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن .

---

(١) وقد كان المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يتضمن حكما مخالفا هذه القواعد العامة ، يقضى بعدم سريان السعر المخفض على العقود المبرمة قبل تخفيض السعر حتى لو كانت هذه العقود تبقى سارية إلى ما بعد التخفيض . أما المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحاليا فقد طبقت القواعد العامة على النحو الذى أسلفناه إذ تقول : « وبديهى أن أثر هذا التخفيض لا يستند إلى الماضى ، فيظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية (السابقة) قائماً إلى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبق الأحكام الخاصة بالسعر الجديد ، حتى بالنسبة للعقود التى تمت من قبل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٠) .

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الحكم ، إذ قضت بأن الدفع بأن سعر الفائدة المقضى بها يجب ألا يزيد على ٧٪ بعد العمل بالقانون المدنى الجديد وفقاً للمادة ٢٢٧ منه متعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض . والحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانونا هو من قواعد النظام العام ، فيسرى السعر المخفض من تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد القاضى بتخفيضه ، أى ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى على الاتفاقات السابقة على هذا التاريخ . يؤيد هذا المنظر ما ورد فى هذا الخصوص فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى المشار إليه (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦١ ص ١٢٠٨) . وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٣ ص ٢٤١ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٩٣ ص ٨٣٤ — ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١١٠ ص ٨٢٩—٢٧ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣١ ص ٩٣٦ .

(٢) وهذا النص مأخوذ من المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، وقد أضافته لجنة المراجعة فقرة ثانية للمادة ٢٢٧ مدنى .

٨٣٧ – جزاء مجاوزة سعر الفائدة : وقد قضت العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مدنى ، كما رأينا ، بأنه إذا اتفق الدائن والمدين على فوائد تأخيرية أو تعويضية تزيد على الحد الأقصى للسعر الاتفاقى ، فإنه يجب تخفيضها إلى ٧٪ ، ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر . وللمدين الذى يريد أن يسترد الزيادة أن يقيم الدليل على الربا الفاحش بجميع طرق الإثبات(١) .

والتخفيض إلى الحد المقرر فى القانون لا يقتصر على السعر الاتفاقى ، بل يتناول أيضاً على سبيل القياس السعر القانونى . فإذا دفع المدين للدائن فوائد قانونية بسعر يزيد على ٤٪ أو ٥ ٪ ، فإن الفوائد تخفض إلى هذا السعر ، ويسترد المدين ما دفعه زائداً . ويندر أن تقع الزيادة فى السعر القانونى . والغالب أنها تقع فى السعر الاتفاقى ، ولذلك ورد النص فى هذا السعر الأخير .

ويتقادم الالتزام برد ما دفع زائداً من الفوائد بثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة وفقاً لأحكام المادة ١٨٧ مدنى ، لأن هذا الالتزام مصدره دفع غير المستحق(٢) .

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٧٨ – ومتى ثبت أن هناك ربا فاحشا ، انتقل عبء الإثبات إلى الدائن ، وعليه أن يثبت المقدار الحقيقى للقرض (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨٥) – انظر أيضاً : استئناف وطنى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ١٦٣ (ربا فاحش فى صورة رهن) – أول ديسمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤ (ربا فاحش فى صورة عمولة) – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ المحاماة ٦ ص ٨٥٧ (ربا فاحش فى صورة عقد إيجار) – أسيوط ٧ مارس سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ١٦٣ (ربا فاحش فى صورة غاروقة) – انظر أمثلة أخرى لعقود تخفى ربا فاحشا : استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ – ١٥ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٧ – ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٤ – وانظر فى وجوب عدم الاقتصار على مظنة الربا الفاحش بل يجب أن تحيل المحكمة الدعوى على التحقيق ليثبت المدين أن هناك ربا فاحشا . نقض مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦ – وفى وجوب التمسك باستبعاد الفوائد الربوية : نقض مدنى ٢٤ نوفبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٩٤ ص ٥٩٤ .

(٢) وقد كان رد ما دفع زائداً من الفوائد مختلفاً فيه فى عهد التقنين المدنى السابق . فمن الأحكام ما كان يقضى بعدم جواز استرداد ما دفع زائداً عن اختيار (استئناف وطنى ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ ص ١١١ – استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ – ١٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٣ – ٥ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥١) . ومن الأحكام ما كان يقضى بجواز استرداد ما دفع زائداً ولو كان الدفع عن اختيار (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٨ – مصر استئنافى ٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٧ – طنطا =

المطلب الثانى

جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها

§ ١ – جواز النزول عن الحدود المقررة

٨٣٨ – حالات أربع : هناك حالات أربع يجوز فيها النزول عن الحدود المقررة : (١) تسبب الدائن بسوء نية فى إطالة أمد النزاع . (٢) الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد . (٣) زيادة مجموع الفوائد على رأس المال . (٤) الفوائد على متجمد الفوائد أو الربح المركب . ونتناول على التعاقب كلا من هذه الحالات .

٨٣٩ – الحالة الأولى – تسبب الدائن بسوء نية فى إطالة أمد النزاع : تنص المادة ٢٢٩ مدنى على ما يأتى : « إذا تسبب الدائن بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، فى إطالة أمد النزاع ، فللقاضى أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها إطلاقا ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر »[(١)] .
والمبدأ الذى يقوم عليه هذا الحكم هو مبدأ التعسف فى استعمال الحق . إذ الدائن الذى يتسبب بسوء نية فى إطالة أمد النزاع يتعسف فى المطالبة بحقه حتى تتراكم الفوائد على المدين ، فأراد المشرع أن يرد عليه قصده بحرمانه من هذه الفوائد كلها أو بعضها .

ويجب توافر شرطين لتطبيق هذا الحكم : (١) إطالة أمد النزاع بلا مبرر : كأن يلجأ الدائن إلى إنكار إمضائه على مخالصة صدرت منه بجزء من حقه ، أو إلى الإكثار من الدفوع الكيدية ، أو إلى رد القضاة ، وما إلى ذلك . وليس من الضرورى أن يرفع الدائن خصومة إلى القضاء ، فيتحقق التعسف مثلا ،

= ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٠٧) . فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف ، إذ نص صراحة على وجوب الرد فى جميع الأحوال . ونرى أن نص التقنين المدنى الجديد فى هذه المسألة هو نص تفسيرى ، ومن ثم يطبق على ما دفع من الفوائد زائداً على الحد المقرر حتى لو كان الدفع قد وقع قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فيجب على الدائن رده .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٣٠ (مطابق) – الليبى م ٢٣٢ (مطابق) – العراقى م ٣/١٧٣ (مطابق فيما عدا أن التقنين العراقى يكتفى بخطأ المدين ولا يشترط سوء نيته) – اللبنانى لا مقابل (ولكن النص تطبيق للقواعد فى التعسف فى استعمال الحق : انظر صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٦) .

إذا كان سريان الفوائد يكفي فيه إعذار المدين ، أن يعذر الدائن المدين حتى تسرى الفوائد ، ثم يرفض قبول الدين دون مبرر عندما يعرضه المدين ، فيضطر هذا إلى العرض الحقيقي ، فيعمد الدائن إلى إطالة إجراءات هذا العرض .

(٢) سوء نية الدائن : فلا يكفي إذن خطأ الدائن ولو كان جسيما ، بل يجب أن يكون الدائن قد تعمد إطالة أمد النزاع بلا مبرر . والمدين هو الذي يحمل عبء إثبات توافر كل من هذين الشرطين .

ومتى تم له إثبات ذلك ، كان للقاضي أن يخفض الفوائد عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر ، لأن هناك خطأ مشتركا فالدائن أخطأ في إطالة النزاع والمدين أخطأ في التأخر عن الوفاء . أما إذا كان خطأ الدائن يستغرق خطأ المدين ، كما هو الغالب لأن الدائن سيئ النية ، فإن القاضي لا يقضي بالفوائد إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر . والفوائد التي يخفضها القاضي أو لا يقضي بها إطلاقا قد تكون فوائد قانونية أو فوائد اتفاقية ، وهي دائما فوائد تأخيرية لأن المفروض أن الدين قد حل ويطيل الدائن أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد[١] .

٨٤٠ — الحالة الثانية — الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد : تنص المادة ٢٣٠ مدنى على أنه « عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً ، لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع ، إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعا قسمة غرماء »[٢]. وهذا الحكم استحدثه التقنين المدنى الجديد

---

(١) ونص المادة ٢٢٩ مدنى ، وإن كان مستحدثاً ، مجرد تطبيق للقواعد العامة ، وقد كان القضاء في عهد التقنين المدنى السابق يطبق الحكم دون نص (استئناف وطنى ١٠ مارس سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ١٧٥) . فيسرى النص حتى على الوقائع السابقة على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٣١ (مطابق فيما عدا أن التقنين السورى لا يذكر ما إذا كانت خزانة المحكمة ملزمة بالفوائد بسبب إيداع الثمن فيها) — الليبى م ٢٣٣=

فى ضوء تجارب الماضى ، فقد كان المدين ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بعد رسو المزاد وطوال إجراءات التوزيع ، يبقى ملزما بدفع الفوائد التأخيرية عن الديون التى تدرج فى قائمة التوزيع . وتطول إجراءات التوزيع عادة ، وقد تستغرق سنوات ، والفوائد التأخيرية تتراكم على المدين وهو لا يد له فى ذلك ولا يملك دفع هذا الأذى عن نفسه .

ومن ثم قضت المادة ٢٣٠ مدنى سالفة الذكر بأن الفوائد التأخيرية لا تسرى بسعرها المقرر ، سواء كان سعراً قانونيا أو سعراً اتفاقيا ، إلا إلى وقت رسو مزاد المال المنزوع ملكيته . ثم تقف هذه الفوائد التأخيرية بسعرها المقرر . ولا تنتج الديون التى ينفذ بها على المال المنزوع ملكيته فوائد تأخيرية بعد رسو المزاد ، إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ، أو كانت خزانة المحكمة بسبب إيداع الثمن فيها ، يلتزم أحد منهما بدفع فوائد على هذا الثمن . ولا تتقاضى فوائد التأخير إلا فى حدود المستحق من هذه الفوائد فى ذمة الراسى عليه المزاد أو فى ذمة خزانة المحكمة ، وذلك حتى لا يغرم المدين شيئا . وبهذا تخفض فوائد التأخير متى كان سعر الفائدة المستحقة قبل الراسى عليه المزاد أو قبل خزانة المحكمة أقل من سعر الفائدة الواجبة على المدين ، وهذا ما يقع فى الكثرة الغالبة من الأحوال . وتوزع هذه الفوائد التأخيرية ، فى الحدود المتقدمة الذكر ، بين الدائنين جميعا قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مرتهن أو ذى حق امتياز ودائن عادى(١) .

٨٤١ — الحالة الثالثة — زيادة مجموع الفوائد على رأس المال :

تنص المادة ٢٣٢ مدنى على ما يأتى : « لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ،

= (مطابق) — العراقى لا مقابل (فلا يطبق الحكم لأنه استثناء من القواعد العامة) — اللبنانى لا مقابل (ويقول الأستاذ صبحى المحمصانى إن هذا الحكم معمول به فى لبنان دون نص ، فإن المملرف دوائر الإجراء ، لاسيما فى بيروت ، هو موافق له إذ أن الفائدة ترصد حتى تاريخ الإحالة القطعية فى البيع الجبرى تمهيداً لإجراء معاملة التوزيع بين الدائنين : صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٢) .

(١) ولما كان هذا الحكم مستحدثاً ولكنه يعتبر من النظام العام لأنه يتعلق بنظام الفوائد ، فإنه يسرى من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على الديون التى لم تقفل فيها قوائم التوزيع ، وتسرى الفوائد الأصلية عن المدة السابقة على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩.

ولايجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية »[١] . وفى هذا النص إمعان من جانب التقنين المدنى الجديد فى كراهية الربا ، وليس له نظير فى التقنينات الغربية[٢] .

فالقاعدة إذن أن مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن من مدينه ، تعويضية كانت أو تأخيرية ، بالسعر الاتفاقى أو بالسعر القانونى ، لايصح فى حال أن يزيد على رأس المال . فلو أن شخصا اقترض من مصرف ألف جنيه بسعر اتفاقى قدره ٧٪ لمدة عشر سنوات ، ولم يسدد من دينه شيئا طوال هذه المدة ، وحل أجل الدين فتأخر فى الوفاء سبع سنوات أخرى ، فإن مجموع الفوائد التعويضية والتأخيرية التى تراكمت عليه بالسعر الاتفاقى تكون ١١٩٠ جنيها[٣] ، وهذا المجموع يزيد على رأس المال بمقدار ١٩٠ جنيها . فلا يجوز للدائن فى هذه الحالة أن يتقاضى من مجموع الفوائد التى تراكمت أكثر من ألف جنيه وهو ما يساوى رأس المال ، ويضيع عليه من الفوائد مائة وتسعون جنيها . وليس فى هذا الحكم حماية للمدين فحسب ، بل هو ينطوى أيضاً على معنى العقوبة للدائن ، إذ أنه إما أن يكون قد أهمل فى تقاضى حقه حتى تراكمت الفوائد ، أو تعمد ألا يتقاضاه حتى تتراكم[٤] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٣٣ (مطابق) – الليبى م ٢٣٥ (مطابق) – العراقى م ١٧٤ (مطابق) – اللبنانى (نقضى المادة ٧٦٨ لبنانى بجواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد إذا أقام الدائن دعوى أو كان هناك اتفاق خاص بشرط أن تكون الفوائد قد تجمدت عن مدة لا تقل عن ستة أشهر – ويقضى قانون المرابحة العثمانى الذى لا يزال ساريا فى لبنان بعدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال : صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣١ – ص ٣٢) .

(٢) أما فى التقنينات العربية فله نظير ، بل إن النص مأخوذ من المادة ٤ من قانون المرابحة العثمانى وتقضى بعدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال . وطبقت القاعدة فى العراق وسورية ولبنان لما كانت هذه البلاد جزءاً من الإمبراطورية العثمانية ، ثم لما استقلت أدخلت القاعدة فى كل من التقنين المدنى العراقى والتقنين المدنى السورى عن طريق التقنين المدنى المصرى الذى استقى القاعدة هو نفسه من قانون المرابحة العثمانى . ولا يزال هذا القانون الأخير ساريا فى لبنان ، كما سبق القول .

(٣) والمفروض طبعا أن الدائن قد قطع التقادم فيما يتعلق بالفوائد حتى لا تسقط بخمس سنوات ، أو أخذ ما استحق منها وفى هذه الحالة لا يأخذ أكثر من ألف جنيه .

(٤) وهذه القاعدة إلا تقضى بأن مجموع الفوائد لايجاوز رأس المال تعتبر من النظام العام ، =

ويستثنى النص ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . مثل ذلك الحساب الجارى ، وسيأتى أنه يجوز فيه تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وأن سعر الفائدة التجارية فيه غير مقيد بحد معين . فيحتمل إذن أن يزيد مجموع الفوائد فى نهاية الحساب على رأس المال ، ويكون ذلك جائزاً تمشيا مع القواعد والعادات التجارية .

على أن الحكم الذى نحن بصدده — عدم مجاوزة مجموع الفوائد رأس المال — ليس بالقيد الخطر فى الصفقات العادية ، إذ يندر فى هذه الصفقات أن يصل الدائن من الإهمال فى تقاضى الفوائد إلى حد أن تتراكم فتجاوز رأس المال :

= ومن ثم يسرى نص المادة ٢٣٢ مدنى من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد . فإذا كانت هناك عقود أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تجعل للدائن حقاً فى تقاضى مجموع من الفوائد يزيد على رأس المال ، فما استحق من الفوائد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ يجب دفعه ولو زاد على رأس المال . أما منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التى تقاضاها الدائن فى الماضى مع الفوائد التى يتقاضاها فى المستقبل أكثر من رأس المال . فإذا فرض أن شخصاً اقترض ١٠٠٠ جنيه بسعر ٨٪ فى يناير سنة ١٩٤٠ لمدة عشرين سنة ، وبقى يسدد الفوائد إلى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم استمر بعد ذلك يسددها بسعر ٧٪ ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى وصلت جملة ما دفعه من الفوائد منذ بداية القرض ١٠٠٠ ، فإنه لا تجب عليه بعد ذلك أية فوائد . ولو أن هذا الشخص اقترض ١٠٠٠ جنيه بسعر ٨ ٪ فى يناير سنة ١٩٣٥ لمدة عشرين سنة ، فإنه يكون قد دفع حتى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ من الفوائد أكثر من ١٠٠٠ جنيه ، فينقطع منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ عن دفع أية فوائد ، ولكنه لا يسترد ما دفعه قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ زائداً على ١٠٠٠ جنيه . انظر فى هذا المعنى : نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٨٥ ص ٥٤٤ — ٢٧ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣١ ص ٩٣٦ — ٢٧ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣٢ ص ٩٤٦ — ٥ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٥٨ ص ٢٨٠ .

وتبقى آجال القروض على حالها ولا تسقط بحجة انتقاص الفوائد وانعدام المقابل لهذه الآجال (انظر عكس ذلك سليمان مرقس فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٣ ص ١٧٩) .

ويلاحظ أيضاً أن زيادة مجموع الفوائد على رأس المال ممنوعة فى الصفقة الواحدة ، لا فى مجموع الصفقات إذا تعددت . فإذا اقترض شخص مبلغا من النقود بفائدة ، وتراكمت الفوائد ، ثم قطع المدين حساب هذا القرض ، وعقد مع المقرض قرضاً آخر أدخل فيه رصيد القرض الأول ، كان لكل قرض حسابه . ولا يجوز أن يزيد مجموع الفوائد على رأس المال فى كل من القرضين ، ولكن تجوز زيادة مجموع الفوائد فى القرضين معاً على رأس المال وفى أى قرض منهما . على أنه يجب ألا يكون فى ذلك طريق التحايل على حكم القانون ، فيعمد الطرفان إلى تجزئة القرض الواحد إلى قرضين تجزئة صورية الغرض منها أن يجاوز مجموع الفوائد رأس المال .

ويسهل دائماً على الدائن أن يتفادى هذه النتيجة بتحديد مدة معقولة لحلول أجل الدين ، ثم إذا حل أجله لا يتراخى في المطالبة به إلى الحد الذي تتراكم فيه الفوائد فتزيد على رأس المال(١) .

---

(١) غير أن هناك نوعاً من القروض قد تستعصي طبيعته على هذا التدبير . وهي قروض الإنتاج طويلة الأجل . وتتميز هذه القروض بخصيصتين : (أ) ينتفع المقترض بالقرض للإنتاج لا للاستهلاك ، فهو إما مزارع يريد إصلاح أرضه البور ، أو مالك أرض فضاء يريد البناء عليها ، أو نحو ذلك ، فيقترض مبلغاً كبيراً من المال لمشروعه الإنتاجي من مصارف للائتمان العقاري تخصصت لهذا الغرض . (ب) يكون القرض ذا أجل طويل . وينبغي أن يكون كذلك . فإن المقترض إنما يقترض كما قدمنا للإنتاج لا للاستهلاك ، فيعتمد في سداد أقساط الدين على غلة ما أنتجه . فلابد إذن أن يكون القرض طويل الأجل . ويصل الأجل في بعض الأحيان إلى عشرين سنة ، بل إلى ثلاثين وأربعين وخمسين .

وقد جرت عادة مصارف الائتمان العقاري أن تجعل المدين يسدد الدين على أقساط متساوية طوال مدة القرض ، فيسدد في كل قسط الفوائد مع جزء من رأس المال يزيد تدرجاً كلما قل ما يجب دفعه من الفوائد . وقد يزيد مجموع ما يدفعه المدين من الفوائد في هذه القروض الطويلة الأجل على رأس المال ، فلابد إذن إذا أريد الإبقاء على هذه القروض الإنتاجية النافعة من استثنائها من حكم المادة ٢٣٢ مدني .

وقد استثنتها فعلا محكمة النقض استناداً إلى أنها قروض تجارية ، فتخضع للقواعد والعادات التجارية التي تبيح مجاوزة مجموع الفوائد لرأس المال . وقد قضت في هذا المعنى بأن القروض التي تعقدها المصارف تعتبر بالنسبة إلى المصرف المقرض عملا تجاريا بطبيعته وفقاً لنص المادة ٢ من قانون التجارة . أما بالنسبة إلى المقترض فإنه وإن اختلف الرأي في تكييفها إذا لم يكن المقترض تاجراً أو إذا كان القرض مخصصاً لأغراض غير تجارية ، إلا أن محكمة النقض ترى اعتبار القروض التي تعقدها البنوك في نطاق نشاطها المعتاد عملا تجاريا مهما كانت صفة المقترض وأيا كان الغرض الذي خصص له القرض . ذلك أن البنك المقرض يتحمل عادة في سبيل الحصول على الأموال التي يلبي بها حاجات المقترضين أعباء أكثر فداحة من المقرض العادي . إذ هو يحصل على هذه الأموال من المصارف الأخرى التي تتقاضى منه فوائد على متجمد الفوائد غير متقيدة بالحظر الوارد في المادة ٢٣٢ مدني ، على أساس أن المعاملة بين المصرفين هي معاملة تجارية تدخل في نطاق الاستثناء الوارد بتلك المادة . وليس من المعقول أن يحرم المصرف من هذه المزايا عندما يقرض الغير . هذا علاوة على ما يتعرض له المصرف من مخاطر في القروض الطويلة الأجل ومن حرمانه من أموال كان يمكنه استثمارها في وجوه أخرى غير القرض تدر عليه أرباحا أكثر . ومما يزيد هذا النظر أن الشارع المصري قد أصدر في ظل القانون المدني الجديد القانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٥٦ بإنشاء بنك الائتمان العقاري ، وأجاز لهذا البنك منح قروض طويلة الآجال لغير التجار ولغير أغراض تجارية – وهذه القروض تفترض بسبب طول أجلها تجاوز الفوائد لرأس المال – مما يفيد أن المشرع قد خرج بهذه القروض من نطاق الحظر المنصوص عليه في صدر المادة ٢٣٢ مدني ، وهو ما لا يمكن تفسيره إلا بأنه اعتبر تلك القروض تجارية . وتبعا لذلك تخضع للقواعد والعادات التجارية التي تبيح تقاضي فوائد على =

٨٤٢ — الحالة الرابعة — الفوائد على متجمد الفوائد أو الأرباح المركبة

(anatocisme-capitalisation des intérêts) : رأينا فى الفقرة السابقة أن المادة ٢٣٢ مدنى تقضى بأنه لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . ولم يكن هذا هو حكم التقنين المدنى السابق . فقد كان هذا التقنين (م١٢٦/١٨٦) يجيز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد فى حالتين : (١) إذا تجمدت الفوائد لمدة سنة على الأقل ، ثم طالب الدائن المدين قضائيا بفوائد على هذه الفوائد. فتصبح الفوائد المتجمدة فى هذه الحالة ، عن طريق المطالبة القضائية ، بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد قانونية . (٢) إذا اتفق الدائن والمدين على تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وتجمدت الفوائد بعد الاتفاق أو قبله لمدة سنة على الأقل ، فتصبح الفوائد المتجمدة فى هذه الحالة أيضاً ، عن طريق الاتفاق ، بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد اتفاقية[1] .

= متجمد الفوائد ومجاوزة مجموع الفوائد لرأس المال (نقض مدنى ٢٧ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣١ ص ٩٣٦) . وقضت أيضاً بأن المقصود بالعادات التجارية التى تعنيها الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٢ مدنى هى ما اعتاده المتعاملون ودرجوا على اتباعه بحكم ما استقر من سنن وأوضاع فى التعامل . فيكفى فى العادة التجارية أن تكون معبرة عن سنة مستقرة ، ولا يشترط أن تكون هذه السنة مخالفة لأحكام القانون . ولما كان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص قد استدل على قيام عادة تجارية تجيز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وعلى تجاوز مجموع الفوائد لرأس المال بقوله : « وحيث إن العادة التجارية تثبت بكافة طرق الإثبات ، وخير دليل عليها ما كان مستمداً من طبيعة العمل نفسه ومن خصائصه الكامنة فيه ، ولا مرية فى أن عملية القرض الطويل الأجل هى من صميم أعمال البنك العقارى المصرى وفقاً لقانونه النظامى ، وفى أن العادة قد جرت منذ نشوء الائتمان العقارى فى مصر على اقتضاء فوائد تزيد على رأس المال فى كل قرض عقارى ذى أجل طويل . وهذه العادة مذكورة فى المؤلفات الاقتصادية وفى كتب القانون على أنها من أبرز العادات التجارية التى تستمد كيانها من طبيعة العمل ذاته ، والمفروض أن المشرع كان يعلم بها علم اليقين حين عمل على حماية عادات التجارة بالاستثناء المنصوص عليه فى عجز المادة ٢٣٢ مدنى ، ولعل صورة هذه العادات بالذات كانت مقدمة الصور التى كانت بخاطره عندما وضع هذا الاستثناء » ، فإن الذى قرره الحكم سائغ ولا عيب فيه (نقض مدنى ٢٧ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣٢ ص ٩٤٦) .

(١) استئناف وطنى ١٨ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٤٧ — ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢١/٢ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٢ — =

والواقع أن تقاضى فوائد على متجمد الفوائد لايخلو من الخطر ، فإن رأس المال إذا أقرض بسعر ٤٪ تضاعف إذا كان الربح بسيطا فى ٢٥ سنة ، وهو يتضاعف إذا كان الربح مركبا فى ١٩ سنة فقط . وإذا أقرض بسعر ٧٪ تضاعف فى ١٤ سنة فى حالة الربح البسيط ، وفى ١٠ سنوات فى حالة الربح المركب . فالفرق كبير إذن بين الربح المركب والربح البسيط ، وقد أحسن التقنين المدنى الجديد صنعا فى تحريم الأرباح المركبة[1] .

على أن هناك قيدين يردان على هذا التحريم : (أولا) ما تقضى به القواعد والعادات التجارية من جواز الأرباح المركبة فى بعض الحالات ، كحالة الحساب الجارى[2] . (ثانيا) الاستحقاقات الدورية غير الفوائد ، كالأجرة والإيرادات المرتبة مدى الحياة[3] والاستحقاق فى الوقف ، لاتعتبر فى حكم الفوائد ، فيجوز تقاضى فوائد عن المتجمد من هذه الاستحقاقات . فإذا اتفق المؤجر مع المستأجر مقدما على أن تأخر المستأجر فى دفع الأجرة فى مواعيدها يستوجب سريان فوائد تأخيرية بسعر معين على ما تأخر من الأجرة . أو طالب المؤجر

= ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٤ – أول يونيه سنة ١٩٢١م ٣٣ ص ٣٥٣ – ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ – ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣ – ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ – ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٢ – ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٧ .

(١) انظر أيضاً فى تحريم الربح المركب التقنين المدنى الألمانى (م ١/٢٨٩) – وتقنين الالتزامات السويسرى (م ٢/١٠٥) – التقنين المدنى الشيلى (م ١٥٥٩ وم ٢٢١٠) . وكان قانون جوستنيان والقانون الفرنسى القديم يحرمان الربح المركب .

ولما كانت قاعدة تحريم الربح المركب التى استحدثها التقنين المدنى الجديد تعتبر من النظام العام ، فإنها تسرى منذ نفاذ هذا التقنين . ومن ثم فكل اتفاق على ربح مركب أبرم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ينتج أثره إلى هذا التاريخ فقط ، وما يتجمد من الفوائد بعد ذلك لا يتقاضى عنه الدائن أية فوائد . وإذا كان استحقاق فوائد الفوائد آتيا عن طريق المطالبة القضائية ، فإذا كانت هذه المطالبة قدمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حكم للدائن بفوائد على متجمد الفوائد ولو صدر الحكم بعد يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لأن الأحكام تستند إلى يوم رفع الدعوى . أما إذا كانت المطالبة القضائية لم تتم قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فلا يحكم للدائن بفوائد على متجمد الفوائد حتى لو كان الدين الأصلى قد عقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٢) نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٠ ص ٤٩٩ .

(٣) أما الإيرادات الدائمة فهى تعتبر فوائد عن مبلغ من النقود ، فلا تستثنى من تحريم الأرباح المركبة .

المستأجر مطالبة قضائية بالمتأخر من الأجرة مع الفوائد بالسعر القانونى . جاز كل ذلك ، ولا يعترض عليه بأن الأجرة المتجمدة هى بمثابة الفوائد المتجمدة فلا يجوز أن يتقاضى فوائد عليها[1].

§ ٢ – جواز الزيادة على الحدود المقررة

٨٤٣ – حالتان : هناك حالتان تجوز فيهما الزيادة على الحدود المقررة : (١) تسبب المدين بسوء نية فى إحداث ضرر يجاوز الفوائد . (٢) الحساب الجارى .

٨٤٤ – الحالة الأولى – تسبب المدين بسوء نية فى إحداث ضرر يجاوز الفوائد : تنص المادة ٢٣١ مدنى على ما يأتى : « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية »[2] . وهذا النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ويقوم على مبدأ التعسف فى استعمال الحق[3] .

---

(١) والذى يميز الفوائد بمعناها الفنى الدقيق عن هذه الاستحقاقات الدورية أن الفوائد هى ريع دورى عن مبلغ من النقود . أما الاستحقاقات الدورية فهى إما أن تكون ريعاً دورياً عن مال ليس مبلغاً من النقود كالأجرة والاستحقاق فى الوقف . أو أن تكون ناتجة عن مبلغ من النقود لكنها ليست بريع وإن كانت دورية كالإيرادات المرتبة مدى الحياة .

وإذا وفى الغير الفوائد المستحقة على المدين ، فإنه يرجع على هذا الأخير بما وفاه من هذه الفوائد ، وتعتبر رأس مال بالنسبة إلى الغير الذى وفاها . ومن ثم كان له أن يتقاضى فوائد عليها وفقاً للقواعد العامة .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٣٢ (مطابق) – الليبى م ٢٣٤ (مطابق) – العراقى م ١٧٣/٢ (مطابق فيما عدا أن التقنين العراقى يضيف إلى سوء النية الخطأ الجسيم) – اللبنانى م ٢٦٥/٢ (موافق) .

(٣) وقد رأينا أن هناك نصاً مقابلا (م ٢٢٩ مدنى) يقضى به إذا تسبب الدائن بسوء نية فى إطالة أمد النزاع ، فللقاضى أن يخفض الفوائد أو ألا يقضى بها إطلاقاً . والتقابل بين النصين واضح : هناك تسبب الدائن بسوء نية فى إلحاق ضرراً استثنائى بالمدين ومن ثم جاز تخفيض الفوائد ، وهنا تسبب المدين بسوء نية فى إلحاق ضرر استثنائى بالدائن ومن ثم جازت زيادة الفوائد . على أن هناك نصاً آخر (م ٢٢٥ مدنى) يماثل نص المادة ٢٣١ مدنى ، وقد رأيناه يقضى بأنه إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً =

ويجب توافر شرطين لتطبيق هذا النص : (١) إحداث ضرر استثنائى للدائن لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخر فى وفاء المدين بالتزامه . مثل ذلك أن يكون المدين عالما بأن الدائن ارتبط بالتزام يعتمد فى الوفاء به على استيفائه لحقه من المدين فإن لم يستوف هذا الحق تعرض لإجراءات شديدة قد تصل إلى حد الإفلاس . أو يكون المدين عالما بأن أمام الدائن صفقة رابحة اعتمد فى إبرامها على استيفائه لحقه ففاتته الصفقة بسبب تأخر المدين فى الوفاء . ففى الحالة الأولى أصاب الدائن خسارة فادحة ، وفى الحالة الثانية فاته ربح كبير . (٢) سوء نية المدين . فيجب أن يكون المدين قد تعمد عدم الوفاء وهو عالم بما يحدث ذلك لدائنه من الضرر . ولا يكفى الخطأ ولو كان جسيما[1] .

ويقع على الدائن عبء إثبات الشرطين . ومتى أثبتهما كان له أن يتقاضى من المدين تعويضا تكميليا يضاف إلى الفوائد التأخيرية . وهذا التعويض التكميلى هو التعويض عن الضرر الاستثنائى . فيجرى فى شأنه قواعد التقدير القضائى للتعويض ويقاس بمقدار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من ربح .

٨٤٥ — الحالة الثانية — الحساب الجارى : تنص المادة ٢٣٣ مدنى على ما يأتى : « الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها

= أو خطأ جسيما . والتماثل بين النصين هنا أيضاً واضح : فى الحالتين يجاوز الضرر قيمة التعويض المقرر ، وذلك بفعل المدين ، فيكون للدائن الحق فى تعويض إضافى . ولا يفرق بين الحالتين إلا أن حالة منهما اتفق فيها المتعاقدان على مقدار التعويض فى شرط جزائى . وفى الحالة الثانية يتقاضى الدائن تعويضاً عن مبلغ من النقود سواء كان التعويض متفقاً عليه أو كان بالسعر القانونى . ومع ذلك ففى الحالة الأولى أضاف المشرع الخطأ الجسيم إلى سوء النية . وفى الحالة الثانية اقتصر على سوء النية .

وكان التنسيق يقتضى أن يعتد بالتماثل وبالتقابل بين هذه النصوص ، فيضاف الخطأ الجسيم إلى سوء النية فى الحالات الثلاث .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تأخير المدين فى الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية . ما لم يثبت أن هذا التأخر كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائى بالدائن . فإن كان الحكم قد ألزم الطاعنة بالدين على أساس سعر الدولار يوم الاستحقاق وبالفرق بين السعر يوم الاستحقاق والسعر يوم صدور الحكم علاوة على فوائد التأخير بمثابة تعويض عن التأخر فى الوفاء دون أن يستظهر سوء نية الطاعن ، فإنه يكون مشوبا بالقصور (نقض مدنى ٢٤ يونيه سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨٦ ص ٥٦١) .

القانونى باختلاف الجهات . ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى[1]» . فالحساب الجارى يستثنى من بعض القواعد المقررة فى نظام الفوائد . وهناك استثناءات أخرى سبقت الإشارة إليها . وتنحصر هذه الاستثناءات وتلك فيما يأتى :

أولا — من ناحية السعر القانونى التجارى : يختلف هذا السعر فى الحساب الجارى بحسب اختلاف الجهات وفقا للعرف التجارى . فلا يتقيد بسعر ٥٪ . والحساب الجارى لا يستثنى فى هذه الناحية إلا فى السعر القانونى التجارى . أما السعر القانونى المدنى (٤٪) . وأما السعر الاتفاقى (٧٪) ، فيبقيان ساريين على الحساب الجارى[2] .

ثانيا — من ناحية المطالبة القضائية : لا يشترط لسريان الفوائد فى الحساب الجارى المطالبة القضائية . بل ولا الإعذار . فمجرد الخصم والإضافة فى الحساب الجارى يجعل الفوائد التأخيرية تسرى[3] .

ثالثا — من ناحية عدم تقاضى فوائد على متجمد الفوائد : وهنا أيضاً يستثنى الحساب الجارى . فقد رأينا أن الربح المركب جائز فيه[4] . ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة ما يقضى به العرف التجارى .

رابعا — من ناحية عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال : وقد بينا فيما تقدم أن الحساب الجارى يستثنى من هذا الحظر ، لأن هذا هو ماتقضى به القواعد والعادات التجارية .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٢٤ (مطابق) — الليبى م ٢٣٦ (مطابق) — العراقى م ١٧٥ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل (ولكن النص متفق مع القواعد العامة) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٧ — انظر عكس ذلك سليمان مرقس فى أحكام الالتزام فقرة ١١٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٩٢ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ — ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٠ — ٨ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٩ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ — وإذا أقفل الحساب الجارى ، صار رصيده دينا تستحق عليه الفوائد من وقت الإقفال (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨م ٢٠ ص ٧٥ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٩ — ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣) .

(٤) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ .

الفصل الثالث

أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

٨٤٦ — أموال المدين ضامنة لالتزاماته : تنص المادة ٢٣٤ مدنى على ما يأتى : « ١ — أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . ٢ — وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان ، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون »(١) . ويتبين من هذا النص أن الدائنين ينفذون بحقوقهم على أموال المدين ، وسواء كان التنفيذ عينياً أو كان بطريق التعويض فإن مال المدين هو الذى يكون محلا لهذا التنفيذ .

فأموال المدين هى إذن الضمان العام (gage commun) للدائنين . ولا يتقدم فى هذا الضمان دائن على آخر إلا إذا كان له تأمين خاص كرهن أو اختصاص أو امتياز ، وبالنسبة إلى العين وحدها التى يقع عليها هذا التأمين .

ولا يكفل الضمان العام حق التتبع لأحد من الدائنين . فإذا باع المدين شيئاً من ماله ، خرج هذا المال من الضمان العام . ولا يستطيع الدائن العادى أن يتتبعه فى يد المشترى كما كان يستطيع لو أن له تأميناً خاصاً على هذا المال(٢) . فعقد البيع الصادر من المدين يسرى إذن فى حق الدائن . وقد حمل ذلك بعض الفقهاء

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٣٥ (مطابق) — الليبى م ٢٣٧ (مطابق) — العراقى م ٢٦٠ (مطابق) — اللبنانى م ٢٦٨ (موافق) .

(٢) وهذه هى إحدى نتائج نظرية الذمة المالية (patrimoine) ، إذ الذمة المالية هى مجموع الحقوق الموجودة أو التى قد توجد والالتزامات الموجودة أو التى قد توجد لشخص معين . فيستخلص من ذلك أن الذمة هى مجموع (universalité) من المال . ويترتب على أن الذمة مجموع من المال أن يكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع ، لا على مال معين بالذات . وهذا هو الذى يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن ملكا له وقت نشوء الدين ، فلما دخل فى ملكه اندمج فى المجموع وأصبح أحد عناصره . ويفسر كذلك أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان ملك المدين وقت نشوء الدين وخرج من ملكه وقت التنفيذ ، لأن هذا المال قد انفصل من المجموع فلم يعد محسوبا ضمن عناصره .

على القول بأن الدائن يعتبر خلفاً للمدين ، مادام تصرف المدين ينقص أو يزيد في الضمان العام للدائن[١] . والصحيح أن الدائن العادى لا يعتبر خلفا عاما ولا خلفا خاصا للمدين ، وإنما هو ممن يسرى فى حقهم تصرف المدين باعتبار أن هذا التصرف واقعة مادية (fait matériel) انقصت أو زادت فى ضمانه العام ، لا باعتبار أنه تصرف قانونى (acte juridique) أنشأ حقا أو التزاما فى جانبه[٢].

والضمان العام للدائن يخول له أن يستأدى حقه من أموال مدينه كما قدمنا . وله أن يتخذ على هذه الأموال طرقا تحفظية ، وطرقا تنفيذية ، وطرقا هى وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية[٣] .

٨٤٧ — الطرق التحفظية والطرق التنفيذية : والأصل أن جميع أموال المدين يجوز التنفيذ عليها ، ومن ثم يجوز أن تتخذ فى شأنها إجراءات تحفظية[٤].

والطرق التحفظية على نوعين : (١) طرق يتخذها الدائن بالنسبة إلى حقه الذى يريد التنفيذ به ، أى يتخذه فى ماله هو . مثل ذلك أن يقطع التقادم بالنسبة إلى هذا الحق حتى لا يسقط ، أو أن يقوم بقيد رهن ضامن للحق أو بتجديد القيد ، أو أن يطلب تحقيق إمضاء مدينه على سند الدين . (٢) وطرق يتخذها بالنسبة إلى أموال المدين حتى يحافظ عليها من الضياع وهى الضمان العام لحقه كما قدمنا ، مثل ذلك الحجوز التحفظية . ومثل ذلك أيضاً أن يضع الأختام على أموال المدين عند موته أو إفلاسه ، أو أن يحرر محضر جرد بها ، أو أن يتدخل فى إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه . ولما كانت هذه الطرق بنوعيها

---

(١) انظر فى هذا المعنى چوسران ٢ فقرة ٦٤٩ — تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢٦٨ — وانظر عكس ذلك كولان وكاپيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ٤٢٢ .

(٢) وإذا كان الخلف يسرى فى حقه تصرف السلف ، فليس كل شخص يسرى تصرف الغير فى حقه يعتبر خلفاً لهذا الغير . وإنما الخلف هو إحدى الطوائف المتعددة التى يسرى تصرف الغير فى حقها . وكما يسرى تصرف الغير فى حق الخلف ، كذلك يسرى فى حق الأصيل فى النيابة ، وفى حق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير ، وفى حق الدائن فى تصرفات المدين . وذلك دون أن يعتبر هؤلاء خلفاً . غير أن التصرف يسرى فى حق الأصيل وفى حق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير باعتبار أن التصرف هو تصرف قانونى لا واقعة مادية . ويسرى فى حق الدائن باعتبار أنه واقعة مادية لا تصرف قانونى .

(٣) انظر المواد ٢٦٩ — ٢٧١ و ٢٧٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

(٤) على أن هناك بعضاً من هذه الأموال استثناه القانون من جواز التنفيذ عليه (انظر المواد ٤٨٤ إلى ٤٩٠ مرافعات ، وانظر أيضاً القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ : قانون الخمسة الأفدنة) .

هى مجرد طرق تحفظية . فإنه يجوز للدائن اتخاذها حتى لوكان حقه مقترنا بأجل أومعلقاً على شرط . بل حتى لوكان حقه احتماليا على خلاف فى الرأى .

أما الطرق التنفيذية فقد تكفل ببيانها تقنين المرافعات . ولا يجوز التنفيذ إلا اقتضاء لحق محقق الوجود معين المقدار حال الأداء . ويجب أن يحصل الدائن على سند تنفيذى (titre exécutoire) : حكم واجب التنفيذ أو ورقة رسمية[1] . والتنفيذ يكون عادة بالحجز على أموال المدين وبيعها وتوزيع ماينتج من البيع على الدائنين . وقد تكفل تقنين المرافعات ببيان الإجراءات التى تتبع فى كل ذلك.

٨٤٨ – طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية : وهذه الطرق ليست مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين كما هو الأمر فى الطرق التحفظية . ولا هى تؤدى مباشرة إلى استيفاء الدائن حقه كما هو الأمر فى الطرق التنفيذية . بل هى بين بين . فهى أقوى من الطرق التحفظية إذ هى تمهد للتنفيذ . وهى أضعف من الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه . وترد جميعها إلى أصل واحد . هو المبدأ العام الذى تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته . فهى إذن من مباحث القانون المدنى لا من مباحث قانون المرافعات. وقد عدد التقنين المدنى منها خمسة : دعاوى ثلاثا وطريقين آخرين.

أما الدعاوى الثلاث فهى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية . فى الدعوى غير المباشرة يدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أوغشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير . فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه . وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . وفى الدعوى البولصية يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين إذا عمد

---

(١) غير أن هناك فرقا بين التنفيذ بحكم والتنفيذ بورقة رسمية . فالتنفيذ بالحكم لا يعترضه من الصعاب إلا إشكالات التنفيذ المعروفة . أما إذا كان التنفيذ بورقة رسمية فيجوز للمدين عند المعارضة فى التنبيه الذى يسبق التنفيذ أن يطعن فى هذه الورقة بالتزوير أو أن يتقدم ضدها من الدفوع الشكلية والموضوعية ما يسمح به القانون . فيرجع الأمر فى النهاية إلى القضاء والحكم الذى يصدره هو الذى يصبح السند التنفيذى بعد ذلك . هذا إلى أنه لا يمكن بالورقة الرسمية إلا تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينيا . أما التنفيذ بطريق التعويض فيقتضى الحصول على حكم لتقدير التعويض إذا لم يكن مقدراً فى شرط جزائى . والتنفيذ بالورقة الرسمية لا يمنع من إعطاء المدين مهلة (délai de grâce) لتنفيذ التزامه .

هذا إلى التصرف فى ماله إضرارا بحق الدائن . فيطعن الدائن فى هذا التصرف ليجعله غير نافذ فى حقه ، فيعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه . وفى دعوى الصورية يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضاً إذا عمد هذا إلى التظاهر بالتصرف فى ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صورى ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته . ويستبقى بذلك مال المدين فى ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه . فالدائن فى هذه الدعاوى الثلاث إما أن يبقى فى ضمانه العام ما كاد أن يخرج وذلك بالدعوى غير المباشرة ، أو أن يعيد إلى ضمانه العام ما خرج وذلك بالدعوى البولصية ، أو أن يستبقى فى ضمانه العام ما لم يخرج إلا ظاهراً وذلك بدعوى الصورية . فتتركز الدعاوى الثلاث كلها فى فكرة الضمان العام للدائنين .

والطريق الرابع هو حق الدائن فى حبس مال المدين . وهذا أيضاً إجراء ما بين التحفظى والتنفيذى . فهو أقوى من التحفظى لأن الدائن إنما يتخذه تمهيداً للتنفيذ بحقه . وهو أضعف من التنفيذى لأن الدائن لا يستطيع الوقوف عند حبس مال المدين ليستوفى حقه ، بل عليه بعد ذلك أن يتخذ إجراء التنفيذ على المال المحبوس .

والطريق الخامس هو شهر إعسار المدين . حتى يستطيع الدائن أن يستوفى حقه من أموال مدينه دون أن يخشى غش المدين أو تهاونه . فإجراءات الإعسار هى أيضاً تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين . وهى أقوى من الإجراءات التحفظية لأنها تغل يد المدين عن التصرف فى ماله . وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ يجب أن يعقبها إجراءات التنفيذ[1] .

فنبحث إذن فى فروع متعاقبة هذه الطرق الخمسة : (١) الدعوى غير المباشرة ونذيلها بالدعوى المباشرة . (٢) الدعوى البولصية . (٣) دعوى الصورية . (٤) الحق فى الحبس . (٥) الإعسار .

---

(١) ثم إن الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية وشهر الإعسار تنتظمها جميعا فكرة واحدة ، هى مواجهة حالة المدين المعسر . فهى فى منطقة القانون المدنى تنظم حالة الإعسار ، كما ينظم الإفلاس هذه الحالة فى منطقة القانون التجارى .

الفرع الأول

الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

(Action oblique, indirecte, subrogatoire — Action directe)

٨٤٩ - خطة البحث : نبحث : (أولا) شروط الدعوى غير المباشرة . (ثانيا) ما يترتب عليها من آثار . (ثالثا) الدعوى المباشرة .

المبحث الأول

شروط الدعوى غير المباشرة

٨٥٠ — الفكرة الأساسية فى شروط الدعوى غير المباشرة هى وجود مصلحة مشروعة للدائن : تنص المادة ٢٣٥ مدنى على ما يأتى : « ١ — لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان متصلا منها بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز . ٢ — ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا ، إلا إذا أثبتت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق ، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الإعسار . ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب إدخاله خصما فى الدعوى »[1]. ويبين هذا النص الشروط الواجب توافرها لاستعمال الدعوى غير المباشرة . والفكرة الأساسية التى ترد إليها الشروط جميعا هى وجود مصلحة مشروعة للدائن . وبعض هذه الشروط يرجع إلى الدائن ، وبعضها يرجع إلى المدين ، وبعضها يرجع إلى الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٣٦ (مطابق) – الليبى م ٢٣٨ (مطابق) – العراقى م ٢٦١ (موافق) – اللبنانى م ٢٧٦/١ و ٢ و ٣ (موافق إلا فى أن الدائن فى التقنين اللبنانى يجب أن يكون حقه مستحق الأداء حتى يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه) .

٨٥١ — الشروط التي ترجع إلى الدائن : لايشترط في الدائن إلا شرط واحد ، هو أن يكون له حق موجود . فلو كان حقه احتماليا (éventuel) كحق الوارث قبل موت المورث ، أو كان حقه غير خال من النزاع (litigieux) ، فإن دائنيته لا تكون محققة ، ومن ثم لايستطيع استعمال حقوق مدينه إلا إذا انقلب حقه المحتمل إلى حق موجود ، أو أصبح حقه المتنازع فيه خاليا من النزاع . أما الحق المقرون بأجل فهو حق موجود ، والأجل إنما ينصب على استحقاق الأداء دون وجود الحق ذاته[١]. وكذلك الحق المعلق على شرط ، ولو كان الشرط واقفا ، حق موجود وليس بحق احتمالي .

ولايشترط في حق الدائن أن يكون مستحق الأداء ، فيجوز لذى الحق المؤجل والحق المعلق على شرط واقف ، كما رأينا ، استعمال الدعوى غير المباشرة [٢] . ومادام لايشترط في الحق أن يكون مستحق الأداء ، فلا يشترط كذلك أن يكون معلوم المقدار [٣] . ومن باب أولى لايشترط فيه أن يكون ثابتا في سند قابل للتنفيذ .

وليس من الضروري أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين الذي يستعمله الدائن ، وذلك بخلاف الدعوى البولصية حيث تشترط أسبقية حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه[٤]. ويبنى على ما تقدم أنه لايشترط

---

(١) فالدائن المقرون حقه بأجل يستعمل الدعوى غير المباشرة . ولا يعترض على ذلك بأن إعسار المدين ، كما نرى ، شرط في هذه الدعوى ، والإعسار يسقط الأجل فيصبح الحق حالا . ذلك أن الأجل لا يسقط إلا بشهر إعسار المدين بشروط وإجراءات معينة وبموجب حكم يصدر بشهر الإعسار . أما الإعسار في الدعوى غير المباشرة فيكفي لتحققه أن تزيد ديون المدين على حقوقه دون حاجة إلى صدور حكم بشهر الإعسار .

(٢) وهذا على خلاف ماجرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا ، وفي مصر في عهد التقنين المدني السابق ، فقد كان يشترط في حق الدائن أن يكون مستحق الأداء . ولكن التقنين المدني الجديد ذكر صراحة في المادة ٢٣٥ مدني ، كما رأينا ، أنه لا يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء .

(٣) فالمضرور في عمل غير مشروع ، وحقه في التعويض قبل الحكم غير معلوم المقدار ، يستطيع استعمال الدعوى غير المباشرة .

(٤) ذلك أنه في الدعوى البولصية لا يكون تصرف المدين ضارا بالدائن إلا إذا كان هذا التصرف قد صدر من المدين بعد ثبوت حق الدائن ، أما في الدعوى غير المباشرة فإنه سواء كان حق المدين الذي يستعمله الدائن قد ثبت بعد ثبوت حق الدائن أو قبل ذلك فهو في الحالتين داخل في الضمان العام للدائن وله إذن أن يستعمله باسم المدين .

أن يكون لحق الدائن تاريخ ثابت . فسواء تقدم هذا التاريخ أو تأخر فإن هذا لا يمنعه من استعمال حقوق مدينه[1] .

ويخلص مما تقدم أن الشرط الوحيد الواجب توافره في الدائن هو أن يكون حقه موجوداً . وأى دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه . لا فرق في ذلك بين دائن عادى ودائن مرتهن ودائن له حق امتياز . ولا فرق كذلك بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل . فالكل سواء في استعمال حقوق المدين[2] . ولا فرق أخيراً بين ما إذا كان مصدر هذا الحق تصرفا قانونيا أو واقعة مادية . فالبائع دائن بالثمن . والمضرور دائن بالتعويض . والمفتقر دائن للمثرى بلا سبب . وكل هؤلاء يجوز لهم أن يستعملوا حقوق مدينهم .

وغنى عن البيان أن حق الدائن يجب أن يبقى موجودا مادام الدائن يستعمل حقوق مدينه . فإذا وفى الخصم في الدعوى غير المباشرة للدائن حقه . فقد هذا صفته كدائن ولم تعدله مصلحة في الاستمرار في استعمال حقوق مدينه .

٨٥٢ — الشروط التي ترجع إلى المدين : يشترط في المدين :

أولا — ألا يكون عنده أموال كافية لسداد حق الدائن إذا فات عليه الحق الذى يريد الدائن استعماله . أى أن يكون فوات هذا الحق على المدين سببا في إعساره أو في زيادة إعساره . ذلك أنه لو كان عند المدين مال آخر يستوفى منه

---

(١) ولا يشترط أن يحصل الدائن من القضاء على إذن بحلوله محل المدين . ذلك أن نيابته عن المدين إنما يستمدها من القانون كما سنرى . فهو في غير حاجة إلى أن يستمد نيابته من القضاء (م ٢٧٦/٣ لبنانى) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان من يشترى عقاراً بعقد غير مسجل يعتبر دائنا للبائع في التزامه بنقل الملكية الناشئ عن عقد البيع غير المسجل ، كان له الحق قانونا في أن يرفع باسم البائع له الدعوى على من اشترى منه هذا البائع الأطيان التي باعها بعقد هو أيضاً غير مسجل ، طالبا إليه تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، أو بعبارة أخرى أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع الصادر لهذا البائع توطئة للحكم بصحة عقده هو (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩ ص ٣١٧ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠) . ولما كان من شروط الدعوى غير المباشرة إعسار المدين كما سنرى ، وجب أن يفهم الإعسار في المثل المتقدم على نحو خاص ، فيكون المدين معسراً بالنسبة إلى تنفيذ التزامه نحو الدائن تنفيذاً عينيا — أى أنه لا يستطيع هذا التنفيذ — لو أن الدائن لم يستعمل الدعوى غير المباشرة . ولهذه المسألة نظير في الدعوى البولصية سنراها تفصيلا هناك (انظر ما يلى فقرة ٨٧١ وقارن إسماعيل غانم في آثار الالتزام ص ١٨٩ هامش ١) .

الدائن حقه . لما جاز لهذا الدائن أن يستعمل حقا للمدين لا مصلحة له في استعماله . مادام يستطيع استيفاء حقه من غير هذا الطريق . ومن ثم قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ مدنى . على ما رأينا . بوجوب أن يثبت الدائن أن عدم استعمال المدين لحقه يسبب إعساره أو يزيد فى هذا الإعسار . والمراد بالإعسار هنا هو الإعسار الفعلى بأن تزيد ديون المدين على حقوقه . لا الإعسار القانونى الذى يستلزم حكما بشهره بشروط وإجراءات معينة . فلو كان للمدين عين فى حيازة شخص آخر كاد هذا أن يتملكها بالتقادم ، ولم يكن للمدين مال آخر يكفى للوفاء بدينه . كان للدائن أن يقطع التقادم باسم المدين وأن يرفع باسم المدين أيضاً دعوى الاستحقاق ضد الحائز . وذلك حتى لا تخرج العين من مال المدين وحتى يستطيع الدائن أن يستوفى منها حقه أو بعض حقه[1] .

ثانيا — أن يكون المدين مقصراً فى عدم استعمال حقه بنفسه . أما إذا نشط وأراد أن يباشر بنفسه استعمال حقه . حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عنه ، فإنه يستطيع أن يفعل . ويجب فى هذه الحالة على الدائن أن يمتنع عن المضى فى الإجراءات التى بدأها . وأن يترك إتمامها للمدين[2]. وعبء إثبات تقصير المدين فى استعمال حقه يقع على الدائن . ويكفى أن يثبت أن المدين لم يستعمل حقه[3] . وللمدين أو للخصم فى الدعوى أن يثبت أن الوقت لا يزال متسعا أمام المدين لاستعمال حقه بنفسه وعندئذ لا يقبل من الدائن أن يستعمل الحق باسم المدين .

ثالثا — أن يدخل الدائن المدين خصما فى الدعوى (م ٢٣٥/٢ مدنى) . فإذا لم يدخله جاز للخصم أن يدفع بعدم قبول الدعوى . إلا إذا دخل المدين من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم نفسه . فالحكم الذى يصدر فى الدعوى يسرى إذن فى حق المدين . مادام قد أصبح طرفا فى الدعوى . ولما كان لا بد من إدخال المدين

---

(١) استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ .

(٢) بل إن المدين يستطيع أن يتفق مع الخصم على إنهاء النزاع صلحا ، وليس للدائن أن يعترض على ذلك فإن المدين لا يزال صاحب الحق ويجوز له التصرف فيه ، ما لم يكن قد قصد الإضرار بالدائن فلهذا أن يطعن فى هذه الحالة بالدعوى البولصية .

(٣) نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٩ ص ٦٦٤ .

خصما ، فقد استغنى بذلك عن إعذاره فإن إدخاله خصما أقوى من الإعذار (م ٢/٢٣٥ مدنى) . وغنى عن البيان أنه لاحاجة للدائن أن يدخل الدائنين الآخرين فى الدعوى[١] . ويسرى الحكم الصادر فى الدعوى مع ذلك فى حقهم لأن المدين وقد دخل خصما فى الدعوى يمثل جميع الدائنين . والحكم الذى يصدر فى مواجهته يكون حجة عليهم جميعا وفقا للقواعد المقررة فى حجية الأمر المقضى .

٨٥٣ – الشروط التى ترجع إلى الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين : يجوز للدائن أن يستعمل أى حق للمدين . شخصيا كان هذا الحق أو عينيا ، محله نقد أو عين أو عمل أو امتناع عن عمل[٢] . ويغلب أن يأخذ الحق صورة الدعوى يرفعها الدائن على من عليه الحق للمدين . كدعوى الدين أو دعوة الاستحقاق . ومن ثم أطلق على استعمال الدائن لحقوق مدينه اسم « الدعوى غير المباشرة » أخذاً بالغالب . على أنه يجوز أن يستعمل الدائن باسم مدينه مجرد تصرفات أو إجراءات دون أن يرفع دعوى أمام القضاء ، كأن يقبل وصية عن المدين . أو يقبل اشتراطا لمصلحة المدين . أو يقيد رهنا لمصلحة المدين أو يجدد القيد . أو يسجل عقداً للمدين حتى تنتقل إليه الملكية . أو يقطع تقادماً سرى ضد المدين . وللدائن كذلك أن يطعن باسم مدينه فى حكم صدر ضد المدين بجميع وجوه الطعن العادية وغير العادية . وله أن يقوم بإجراءات المرافعة ، وأن يتمسك بالدفوع عن المدين[٣] .

ولكن يجب أن يكون ما يستعمله الدائن هو حق للمدين لا مجرد رخصة ، فلا يجوز للدائن أن يقبل عن المدين صفقة لا يريدها ولو كانت الصفقة رابحة ، ولا أن يلغى باسمه عقد إيجار بدعوى أن الأجرة باهظة ، ولا أن يأخذ بالشفعة

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥١ .

(٢) فإذا كان الحق الشخصى محله نقد ، فإن هناك إجراء أمام الدائن يفضل الدعوى غير المباشرة لتقاضى ما للمدين من نقود فى ذمة مدينه ، وهذا هو حجز ما للمدين لدى الغير . ومن ثم كانت الدعوى غير المباشرة نادرة الوقوع فى العمل . ففى حجز ما للمدين لدى الغير غنى عنها . وهى إنما تفيد فى غير الحقوق الشخصية التى يكون محلها نقدا ، كدعاوى الاستحقاق والمطالبة بالحساب والقيام بالإجراءات التحفظية نيابة عن المدين ونحو ذلك .

(٣) استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١٦ – استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٩ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٠ .

باسم المدين . والتمسك بالتقادم رخصة لاحق ، وكان مقتضى هذا التكييف أن الدائن لايستطيع استعمال هذه الرخصة نيابة عن مدينه ، ولكن المادة ٣٨٧/١ مدنى نصت استثناء على جواز تمسك الدائن بالتقادم المسقط نيابة عن مدينه ، وقضت المادة ٩٧٣ مدنى بنفس الحكم بالنسبة إلى التقادم المكسب[1] .

ويجب أن يكون الحق الذى يستعمله الدائن غير متصل بشخص المدين. فالحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية . وهى حقوق متصلة بشخص المدين خاصة ولاتدخل فى الضمان العام للدائنين ، لايجوز للدائن استعمالها . فلايجوز استعمال حق الطلاق ، حتى لوكان استعمال هذا الحق من شأنه أن يخفف عبئاً ماليا عن المدين كانقطاع دين النفقة . وليس للدائن أن يرفع باسم مدينه دعوى نسب ، حتى لوكانت هذه الدعوى تؤدى إلى أن يثبت للمدين ميراث أو وصية ، ولكن لما كان يجوز للورثة أن يطالبوا بميراث مورثهم ولواقتضى الأمر أن يثبتوا نسبه فلدائنى الورثة أن يرفعوا هذه الدعوى باسم مدينيهم لأن القضية تصبح قضية ميراث لاقضية نسب. كذلك الحقوق المالية غير المتعلقة بالأحوال الشخصية ، إذا كانت متصلة بشخص المدين ، لايجوز للدائن استعمالها . ويعتبر الحق المالى متصلا بشخص المدين إذا قام فى أساسه على اعتبارات أدبية . وذلك كحق الواهب فى الرجوع فى الهبة . وحق المضرور فى التعويض عما أصابه من الضرر الأدبى [2] . وحق المؤلف فى نشر مؤلفه وإعادة نشره .

ولما كانت الدعوى غير المباشرة تستند إلى الضمان العام للدائنين كما تقدم القول ، فحقوق المدين غير القابلة للحجز — وهى لاتدخل فى هذا الضمان — لا يجوز للدائن استعمالها إذ لايستطيع التنفيذ عليها . فتصبح الدعوى غير المباشرة دون جدوى . وجميع الحقوق التى يقضى القانون بعدم جواز الحجز عليها ، سواء كانت غير قابلة للتنازل عنها كحق السكنى وحق الاستعمال ، أوكانت قابلة للتنازل كمرتبات الموظفين ومعاشاتهم وديون النفقة والملكية الزراعية

(١) وكذلك النزول عن التقادم يجوز أيضاً للدائن استعمال الطعن فيه بالدعوى البولصية (م ٣٨٨ و ٩٧٣ مدنى) ، كما سنرى (انظر ما يلى فقرة ٨٦٨) .

(٢) وهذا ما لم يتفق المضرور مع المسئول على مقدار التعويض أو يطالب به مطالبة قضائية ، فإن حق التعويض يصبح عندئذ غير مترتب على اعتبارات أدبية ، فهذه الاعتبارات قد استنفدت بالاتفاق أو بالمطالبة القضائية .

الصغيرة التى لا تزيد على خمسة فدادين . كل هذه الحقوق لا يجوز للدائن استعمالها لانعدام المصلحة .

وقد يكون الحق غير متصل بشخص المدين وقابلا للحجز عليه ، ولكنه حق مثقل برهن أو نحوه مما يجعل استعماله غير ذى فائدة للدائن . ومثل ذلك أن يسترد الدائن عينا مملوكة للمدين من تحت يد الحائز ، وتكون العين مرهونة ضمانا لدين يستغرق قيمتها . ففى هذه الحالة لا تكون للدائن مصلحة فى استرداد هذه العين مادام الدائن المرتهن يتقدم عليه فلا يبقى له شىء من ثمنها يستوفى منه حقه . ويستطيع كل من الحائز والمدين والدائن المرتهن فى المثل المتقدم أن يدفع الدعوى غير المباشرة بهذا الدفع .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على الدعوى غير المباشرة

٨٥٤ — الفكرة الأساسية فى آثار الدعوى غير المباشرة هى نيابة الدائن عن المدين : تنص المادة ٢٣٦ مدنى على ما يأتى : « يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين . وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه »[١] .

ويبين هذا النص الآثار التى تترتب على الدعوى غير المباشرة . وتتركز كلها فى فكرة أساسية هى نيابة الدائن عن المدين . والنيابة هنا نيابة قانونية نص عليها صراحة صدر المادة ٢٣٦ مدنى كما رأينا . وتبررها المصلحة المشروعة التى للدائن فى استعمال حقوق مدينه . وقد قدمنا أن هذه المصلحة هى الفكرة الأساسية التى تقوم عليها شروط الدعوى غير المباشرة . ويلاحظ أن هذه النيابة تتميز بأنها لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل . وهى مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . ويترتب على ذلك : (١) أنه بالرغم من قيام هذه النيابة يجب إدخال المدين — وهو الأصيل — خصما فى الدعوى . وكان مقتضى قواعد

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٣٧ (مطابق) — الليبى م ٢٣٩ (مطابق) — العراقى م ٢٦٢ (مطابق) — اللبنانى م ٢٧٦/٤ (موافق) .

النيابة أن دخول الأصيل غير ضروري . (٢) أن المدين إذا كان قاصراً أو احتاج إلى إجراءات خاصة لمباشرة الدعوى بنفسه . فإن هذا لايكون ضروريا بالنسبة إلى الدائن وهو يباشر الدعوى عن المدين . وكان مقتضى قواعد النيابة أن يكون هذا ضروريا. (٣) لايجوز للدائن أن يصالح على الحق الذي يستعمله باسم المدين . فنيابته مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . (٤) لاتغنى إجراءات الدعوى غير المباشرة عن إجراءات التنفيذ . فالدائن إنما ينوب عن المدين في استعمال الحق وحده . وهو في حاجة بعد الانتهاء من الدعوى غير المباشرة إلى اتخاذ إجراءات تنفيذ مستقلة على الحق الذي استعمله باسم المدين .

وهذه الفكرة الأساسية — نيابة الدائن عن المدين[١] في استعمال الحق دون التصرف فيه — هي التي تحدد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين الذي يستعمل الحق باسمه . وبالنسبة إلى الخصم الذي يستعمل الحق ضده . وبالنسبة إلى الدائن الذي يستعمل الحق باسم المدين . ونستعرض هذه الآثار متعاقبة .

٨٥٥ — آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين : يبقى المدين محتفظاً بحقه الذي يباشر الدائن استعماله باسمه ولاترتفع عنه يده . لأن الدائن ليس إلا نائبا عنه والقاعدة أن الأصيل يبقى حر التصرف فيما ناب عنه غيره فيه . فإذا كان الحق عينا . فللمدين أن يبيعها أو يهبها لأنه لايزال هو المالك . وكل ما يستطيع الدائن أن يفعل هو أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها[٢] . وإذا كان الحق دينا . جاز للمدين أن يتصرف فيه حوالة ببيع أو برهن أو بغير ذلك . وليس للدائن إلا الطعن بالدعوى البولصية على النحو المتقدم[٣] . وللمدين كذلك أن يستقضى حقه . فله أن يستوفيه . وله

---

(١) وهذه النيابة هي أيضاً الفرق الأساسي بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية . فالأولى يرفعها الدائن باسم المدين . والأخرى يرفعها الدائن باسمه خاصة . وكالدعوى البولصية الدعوى المباشرة ودعوى الصورية . يرفعهما الدائن باسمه خاصة .

(٢) نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠ .

(٣) وفي هذا تتجلى أفضلية حجز ما للمدين لدى الغير على الدعوى غير المباشرة . فإن الحجز يرفع يد المدين عن الدين إلى حد كبير . هذا إلى أنه في الدعوى غير المباشرة يستطيع مدين المدين أن يفي بالدين إلى المدين . بخلاف مالو حجز تحت يده فلا يستطيع أن يفعل ذلك . ومن ثم كان التجاء الدائنين إلى حجز ما للمدين لدى الغير أكثر من التجائهم إلى الدعوى غير المباشرة كما سبق القول .

أن يقضيه بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء ، سواء كان سبب الانقضاء حدث قبل رفع الدعوى أو بعد ذلك ، كما له أن يصالح عليه[١] .

٨٥٦ — آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الخصم : والخصم في علاقته بالدائن يستطيع أن يدفع الدعوى بجميع الدفوع التي كان له أن يواجه بها المدين لو أنه هو الذي رفع الدعوى ، وهذا تطبيق آخر لأحكام النيابة . فله أن يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين ، كالوفاء والتجديد واتحاد الذمة والمقاصة والإبراء والتقادم ، سواء كان سبب الانقضاء سابقاً على الدعوى أو تاليا له . كذلك له أن يطعن في العقد الذي يتمسك به الدائن بجميع أوجه البطلان التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المدين ، وأن يتمسك بأي اتفاق بينه وبين المدين في شأن موضوع النزاع كما إذا تمسك بصلح أو بعقد مستتر . ولكن ليس للخصم أن يدفع دعوى الدائن بدفوع خاصة بشخص هذا الدائن ، كوقوع مقاصة بين الخصم والدائن شخصياً[٢] .

أما علاقة الخصم بالمدين فتبقى هي العلاقة الأصلية . وللخصم أن يوفي دينه للمدين ويكون الوفاء صحيحا ، وله أن يصالحه عليه ، وأن يجدده ، وما إلى ذلك مما سبقت الإشارة إليه .

٨٥٧ — آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائن : والدائن نائب عن المدين كما قدمنا ، ويترتب على ذلك أن الحكم الذي يصدر في الدعوى ضده

---

(١) ولما كان المدين يجب إدخاله خصما في الدعوى كما قدمنا ، فإن الحكم الذي يصدر يكون ساريا في حقه وفي حق الدائنين من دخل منهم في الخصومة ومن لم يدخل .

(٢) ولكن يجوز للخصم أن يوفي للدائن حقه فترتفع عن الدائن صفته ولا يستطيع أن يستمر في مباشرة الدعوى غير المباشرة كما سبق القول (انظر آنفاً فقرة ٨٥١) ، ويفعل الخصم ذلك إذا كان الدين الثابت في ذمته أكبر من حق الدائن . وإذا كان للخصم دين في ذمة الدائن يعادل الذي للدائن في ذمة المدين ، لم يستطع الخصم إجراء المقاصة كما قدمنا لأن الحقين غير متقابلين ، ولكنه يستطيع الاتفاق مع الدائن على أن ينزل له عن الدين الذي له في ذمته وفاء للدين الذي في ذمة المدين للدائن ، فيصبح الدائن بعد أن استوفى حقه على هذا النحو لا مصلحة له في أن يستمر في مباشرة الدعوى . ثم يرجع الخصم على المدين بما وفاه من دينه ، وعندئذ أن يجري المقاصة بين ما وفاه من دينه وما هو في ذمته له .

الخصم إنما يصدر لصالح المدين[١] ، وما حكم به يدخل فى أموال المدين[٢] . فيندرج فى الضمان العام للدائنين ، ويفيد منه جميع الدائنين من دخل منهم خصما فى الدعوى ومن لم يدخل . ولا يستأثر به الدائن الذى رفع الدعوى أو الدائنون الذين دخلوا فى الخصومة (م ٢٣٦ مدنى) .

ويبنى على أن الحق المحكوم به للمدين يكون ضماناً عاما لكل الدائنين أن لهؤلاء جميعاً أن ينفذوا عليه ، فيقسموه فيما بينهم قسمة غرماء . بل إنه إذا كان لأحد من هؤلاء الدائنين — ولو لم يكن الدائن الذى رفع الدعوى بل ولو كان دائنا لم يدخل فى الخصومة — على الحق المحكوم به ما يجعله يتقدم فيه على سائر الدائنين ، كما إذا كان له رهن أو امتياز ، فإنه يتقاضى حقه قبل الجميع[٣] .

المبحث الثانى

الدعوى المباشرة

(Action directe)

٨٥٨ — مجال الدعوى المباشرة : رأينا فيما قدمناه عن الدعوى غير المباشرة ندرة هذه الدعوى فى العمل ، وقلة فائدتها للدائن إذ يزاحمه الدائنون الآخرون . ولهذا يعمد المشرع ، فى بعض الحالات التى يرى فيها أن يولى الدائن حماية خاصة ، إلى أن يجعل لهذا الدائن إلى جانب الدعوى غير المباشرة دعوى مباشرة قبل مدين المدين ، ويستأثر الدائن بفضل هذه الدعوى المباشرة

---

(١) ويطالب الدائن الخصم بمقدار الحق الثابت فى ذمة الخصم للمدين ، لا بمقدار الحق الثابت فى ذمة المدين للدائن ، سواء كان المقدار الأول أقل من المقدار الثانى أو أكثر .

(٢) ويرجع الدائن على المدين بالمصروفات التى أنفقها فى استعمال حقه كما يرجع الوكيل على الموكل بالمصروفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة ، إذ الدائن كما قدمنا نائب عن المدين .

(٣) ويلاحظ أن تزاحم الدائنين إنما يكون إذا تقدموا جميعا فى الوقت المناسب . أما إذا لم يتقدم أحد منهم حتى حكم فى الدعوى غير المباشرة ، وانتهى الدائن الذى رفع الدعوى من إجراءات التنفيذ بحقه ، فإنه يستقل بما حصل عليه ولا يشترك الباقى معه (استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) .

بالحق الذى لمدينه فى ذمة مدين المدين . ونرى من ذلك ما بين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة من تقابل ، يحمل على معالجة الثانية عقب الأولى .

ولم يعرض التقنين المدنى للدعوى المباشرة بنص عام ، مقتصراً على الحالات التى قرر فيها هذه الدعوى بنصوص خاصة[1] . وسنورد هذه الحالات ، ثم نبحث الأساس القانونى والتصوير الفنى للدعوى المباشرة .

٨٥٩ — حالات الدعوى المباشرة : هذه الحالات هى :

١ — المؤجر مع المستأجر من الباطن : تجعل المادة ٥٩٦ مدنى للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن ، يستطيع بموجبها أن يطالب بالأجرة ، وبغير ذلك من الالتزامات التى أنشأها عقد الإيجار من الباطن فى ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلى كالتعويض عن الحريق وعن التلف ونحو ذلك . والمقدار الذى يطالب به المؤجر المستأجر من الباطن هو المقدار الذى فى ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلى وقت أن ينذر المؤجر المستأجر من الباطن أن يدفع له هذا المقدار ، وليس المقدار الذى فى ذمة المستأجر الأصلى للمؤجر إلا إذا كان هذا المقدار الثانى أقل من المقدار الأول فتكون العبرة بالمقدار الأقل . ولولا هذا النص لما جاز أن يكون للمؤجر هذه الدعوى المباشرة ضد المستأجر من الباطن ، ولما استطاع المؤجر أن يرجع على المستأجر من الباطن إلا بالدعوى غير المباشرة . ولزاحمه فى نتيجة هذه الدعوى سائر دائنى المستأجر الأصلى .

٢ — المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل : وتجعل المادة ٦٦٢ مدنى دعوى مباشرة لعمال المقاول وللمقاولين من الباطن ضد رب العمل ، يطالبون بموجبها رب العمل بما فى ذمته للمقاول وقت رفع الدعوى المباشرة ، إلا إذا كان لهم فى ذمة المقاول أقل من هذا المقدار فيطالبون بالمقدار الأقل . كذلك

---

(١) أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فقد أورد نصا عاما هو المادة ٢٧٧ منه وتجرى على الوجه الآتى : « ويكون الأمر على خلاف ماتقدم (أى لا تكون نتيجة الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين) إذا كان القانون يمنح الدائنين على وجه استثنائى حق إقامة الدعوى المباشرة ، فإن نتائجها تعود إلى المدعى دون سواه ، ولا يلزمه أن يقسم الربح بينه وبين سائر الدائنين . على أن هذه المعاملة لا يمكن إجراؤها إلا إذا كانت مقررة بنص صريح يفسر بمعناه المحصور » .

لعمال المقاولين من الباطن دعوى مباشرة على النحو المتقدم ضد المقاول الأصلي وهو مدين مدينهم . بل وضد رب العمل وهو مدين مدين مدينهم . فهنا قد أنشأ النص دعوى مباشرة للدائن ضد مدين مدينه ، بل وضد مدين مدين مدينه في بعض الصور .

٣ – الموكل مع نائب الوكيل : وتجعل المادة ٧٠٨ مدنى دعوى مباشرة للموكل ضد نائب الوكيل ، ولنائب الوكيل ضد الموكل . فيستطيع الموكل أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل بجميع حقوق الموكل . وكذلك يستطيع نائب الوكيل أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع حقوق الوكيل .

٤ – المضرور مع شركة التأمين : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد (م ٨٣٢) يجعل للمضرور دعوى مباشرة ضد المؤمن ، إذ كان يلزم المؤمن بألا يدفع لغير المضرور مبلغ التأمين مادام المضرور لم يعوض . ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر لقانون خاص يصدر فيما بعد . وهناك نصوص خاصة فى قوانين العمل تجعل العامل يرجع على المؤمن بدعوى مباشرة فى حالات معينة . ثم صدر فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بجعل التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات إجباريا . فيوجب على أصحاب السيارات الخاصة والعامة التأمين من مسئوليتهم . ويجعل للمصاب فى هذه الحوادث دعوى مباشرة ضد المؤمن(١) .

---

(١) انظر فى هذه المسألة والأحكام التى صدرت فى شأنها آنفاً فقرة ٤١٤ . وهناك حالات يقال فيها عادة إن للدائن دعوى مباشرة ، والصحيح أن هذه الدعوى ليست بالدعوى المباشرة التى نعنيها هنا ، بل هى دعوى تقوم على أساس من القواعد العامة فلا تحتاج إلى نص خاص . من ذلك انتقال دعوى السلف إلى الخلف الخاص ، كما فى رجوع المشترى بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع لبائعه . كذلك إذا رجع من تعاقد مع النائب على الأصيل مباشرة فلا يرجع بالدعوى المباشرة ، ولكن بدعوى العقد ذاته الذى قام مع الأصيل مباشرة بعد أن اختفى شخص النائب ، وفقاً لقواعد النيابة المعروفة . ويرجع المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير على المتعهد بحق مباشر استمده من العقد ، وليس رجوعه بالدعوى المباشرة ولكن بموجب هذا الحق المباشر الذى أنشأه عقد الاشتراط . ويرجع المؤجر والمتنازل له عن الإيجار كل منهما على الآخر رجوعا مباشراً ، وليس هذا الرجوع بالدعوى المباشرة ، ولكن التنازل عن الإيجار جعل كلا من المؤجر والمتنازل له عن الإيجار مديناً مباشرة للآخر ، فأصبحت دعوى كل منهما ضد الآخر هى دعوى الدائن ضد مدينه لا ضد مدين مدينه .

٨٦٠ – الأساس القانونى للدعوى المباشرة : بدأ لابيه (Labbé)[1] بإقامة الدعوى المباشرة على فكرة حق الامتياز . فالدائن الذى تثبت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه هو شخص قد أوجد لمدينه حقاً فى ذمة مدين المدين ، بسبب منفعة قدمها أو بسبب خسارة تحملها ، فوجب إذن أن يكون له امتياز على هذا الحق الذى وجد بفعله . فالمؤجر قدم منفعة العين المؤجرة للمستأجر ، وبفضل هذه المنفعة أصبح المستأجر دائنا بالأجرة للمستأجر من الباطن . ومن ثم يكون للمؤجر حق امتياز على هذه الأجرة ، إذ المنفعة التى قدمها كانت السبب فى وجود هذا الحق . والمضرور فى حادث تحمل خسارة كانت هى السبب فى وجود حق المسئول قبل شركة التأمين ، فيكون للمضرور امتياز على هذا الحق الذى ما كان ليوجد لولا الخسارة التى تحملها . وهذا الرأى على قوته يخلط بين الدعوى المباشرة وحق الامتياز فيجعلهما شيئا واحداً . ثم هو ينشئ حقوق امتياز دون نص .

وهناك من رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير ، فكأن المدين قد اشترط على مدينه رجوعا مباشراً لمصلحة دائنه . وهذا محض افتراض لا ينهض به أساس من الواقع .

وهناك من ردها إلى فكرة النيابة ، فكأن المدين قد ناب عن دائنه فى التعاقد مع مدين المدين . وهذا أيضاً افتراض لا يقوم على أساس .

وهناك من رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الإثراء بلا سبب . فالدائن قد افتقر بمقدار المنفعة التى قدمها أو بمقدار الخسارة التى تحملها ، وهذا الافتقار كان سببا فى إثراء مدين المدين ، فيكون للدائن أن يتقاضى من مدين مدينه أقل القيمتين ، قيمة الافتقار أو قيمة الإثراء . ويلاحظ على هذا الرأى أن مدين المدين لم يثر بلا سبب ، بل إن هناك سببا لإثرائه هو الدين الذى فى ذمته للمدين كما أن افتقار الدائن يقابله الدين الذى له فى ذمة المدين . فكل من الدائن ومدين المدين يجد مقابلا لما افتقر به أو أثرى ، والذى يهمنا هو أن توجد علاقة مباشرة ما بين هذين المتقابلين ، وهذا ما تعجز عن إيجاده نظرية الإثراء بلا سبب .

والمجمع عليه فى الوقت الحاضر ، وفى هذه المرحلة من مراحل تطور

---

(١) المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٦ ص ٥٧١ وص ٦٦٥ .

الدعوى المباشرة . أن هذه الدعوى لاتثبت إلا بنص تشريعى خاص . وهذا يكفى للقول بأنه ليس هنالك إلى اليوم أصل ترد إليه الدعوى المباشرة . بحيث تقوم على هذا الأصل دون حاجة إلى النص . ولا تزال هذه النظرية حتى اليوم فى دور التكوين . ولم تبلغ غايتها من التطور .

٨٦١ – التصوير الفنى للدعوى المباشرة : ما دمنا لانستطيع حتى اليوم أن نستقر على أصل يصلح أن يكون أساساً للدعوى المباشرة . نخير لنا أن نوجه العناية إلى التصوير الفنى لهذه الدعوى لنستخلص خطوطه الرئيسية . ونتخذ التقسيم الذى قال به لابيه (Labbé) أساسا للدعوى المباشرة . فهو خير الأسس التى قدمت لهذه الدعوى حتى الآن . فالدعوى المباشرة تقوم إما على منفعة قدمها الدائن . أو على خسارة تحملها . فالمنفعة التى قدمها المؤجر للمستأجر كانت سببا فى الدين الذى للمستأجر فى ذمة المستأجر من الباطن . والخسارة التى تحملها العامل فى حادث من حوادث العمل كانت سببا فى الدين الذى لرب العمل فى ذمة شركة التأمين . هذه السببية تبرر فى نظر المشرع ، فى حالات خاصة هى إلى اليوم التى تمسك بزمامها فيتقوم بتعيينها فى نصوص تشريعية . أن يكون للدين محل الدعوى المباشرة صاحبان : صاحبه الأصلى وهو فى المثلين المتقدمين المستأجر الأصلى ورب العمل . وصاحب آخر مضاف إلى الصاحب الأصلى هو نفس الدائن الذى تسبب فى إيجاد هذا الدين بالمنفعة التى قدمها أو بالخسارة التى تحملها أى المؤجر والعامل . فيكون إذن للدين الذى فى ذمة مدين المدين — وهو الدين محل الدعوى المباشرة — دائنان : المدين والدائن (١) .

ويترتب على ذلك ما يأتى : (١) يرفع الدائن بصفته صاحب الدين الدعوى المباشرة باسمه هو لا باسم المدين . وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة فإنه يرفعها باسم المدين كما رأينا . ويستأثر وحده بفائدة الدعوى المباشرة دون مزاحمة من دائنى المدين . لأنه يرفع هذه الدعوى بصفته صاحب الدين لا بصفته دائنا لصاحب الدين . (٢) يجوز لمدين المدين أن يفى بالدين للدائن إذ هو صاحبه .

---

(١) ويكون للدائن تبعاً لذلك مدينان : المدين ومدين المدين . ولكن ليس هناك تضامن فى المسئولية بين هذين المدينين . فليست مسئوليتهما إذن مسئولية بالتضامن (solidarité) . بل هى مسئولية بالتضام (in solidum) .

ويكون هذا الوفاء مبرئا لذمته قبل المدين . كما يجوز له . قبل أن ينذره الدائن بالوفاء ، أن يفي بالدين للمدين إذ هو أيضاً صاحبه . ويكون هذا الوفاء مبرئا لذمته قبل الدائن . (٣) بعد أن ينذر الدائن مدين المدين بالوفاء . لايستطيع مدين المدين أن يوفى الدين للمدين . بل يجب أن يكون الوفاء للدائن وحده . على أنه حتى فى هذه الحالة يبقى المدين دائنا لمدين المدين . دون أن يستطيع استيفاء الدين منه ، ويشبه مركزه فى هذه الحالة مركز المدين المحجوز عليه فى حجز ما للمدين لدى الغير . ومما يدل على أن المدين يبقى دائنا لمدين المدين أن مدين المدين متى وفى الدين للدائن . اعتبر هذا الوفاء لحساب المدين من الدين الذى له فى ذمة مدين المدين . فيخصم من هذا الدين الأخير ما وفاه مدين المدين للدائن .

الفرع الثانى

الدعوى البولصية

أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين

(Action Paulienne, révocatoire)

٨٦٢ — الأساس الذى بنيت عليه الدعوى البولصية — مقارنتها بالدعوى غير المباشرة : قدمنا أن الدائن ينفذ فى حقه تصرفات مدينه . لكن إذا كان المدين سيئ النية وكان القصد من تصرفها لإضرار بالدائن بإنقاص الضمان العام . جاز للدائن أن يطعن فى هذا التصرف حتى لاينصرف إليه أثره ، ويكون الطعن بطريق الدعوى البولصية . والمعروف أن هذه التسمية اشتقت من اسم البريطور (préteur) الذى كان أول من أدخل هذه الدعوى فى القانون الرومانى ، وإن كانت صحة التسمية وأنها كانت مستعملة فى القانون الرومانى أصبحت الآن محل شك كبير [1].

---

(١) ويبدو أن البريطور « بولص » هذا ليس إلا شخصاً خياليا اخترعه بعض المحشين (glossateurs) . ولم تكن الدعوى البولصية فى عهد القانون الرومانى المدرسى دعوى واحدة ، بل كانت دعاوى متعددة أعطيت لحماية الدائنين فى حالات مختلفة ، ولم تتوحد فى دعوى واحدة إلا فى عهد جوستنيان . وكانت لهذه الدعاوى فى إجراءات القانون الرومانى الطابع الجماعى (collectif) . =

وكانت هذه الدعوى تدعى فى الفقه المصرى بدعوى إبطال التصرفات . والواقع من الأمر أن الدائن كما رأينا لا يبطل تصرف المدين ، بل هو يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، مع بقائه قائماً بين المدين ومن صدر له التصرف . لذلك كان الأولى تسمية الدعوى البولصية بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين ، أو تستبقى للدعوى التسمية التقليدية وهى « الدعوى البولصية » .

ونرى مما تقدم أن الأساس الذى بنيت عليه الدعوى البولصية هو أن القانون أراد حماية الدائن من غش مدينه المعسر . فهى والدعوى غير المباشرة يواجهان معاً مديناً معسراً . إلا أن الدعوى غير المباشرة تعالج موقفاً سلبياً للمدين المعسر هو سكوته عن استعمال حقوقه عمداً أو إهمالا . أما الدعوى البولصية فتعالج من المدين المعسر موقفاً إيجابياً هو إقدامه على التصرف فى حقوقه عن عمد لا عن مجرد إهمال بقصد الإضرار بدائنه . لذلك كانت الحماية التى نظمها القانون ضد العمل الإيجابى أشد نشاطا من الحماية التى نظمها ضد العمل السلبى . فالدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم المدين وأثرها ينصرف إلى المدين لا إلى الدائن ، أما الدعوى البولصية فيرفعها الدائن باسمه هو وأثرها ينصرف إليه لا إلى المدين .

ويتناول الكلام فى الدعوى البولصية : (١) شروط هذه الدعوى . (٢) والآثار التى تترتب عليها .

المبحث الأول

شروط الدعوى البولصية

٨٦٣ — نصوص قانونية : تنص المادة ٢٣٧ مدنى على ما يأتى : « لكل

= إذ كانت لا تعطى إلا ضد المدين المفلس لجماعة الدائنين فى شخص ممثل لهم هو الذى يوكل إليه تصفية أموال المدين (curator bonarum vendendorum) . فكانت فائدتها تعود على جماعة الدائنين لا تختص بواحد منهم دون الآخرين . وقد انقلبت الدعوى البولصية فى القانون الحديث من دعوى جماعية (action collective) إلى دعوى فردية (action individuelle) .

وقد نبتت الدعوى البولصية فى تربة عملية ، ثم أفرتها التقاليد ، فأصبح لأحكامها ميزان : (١) فهى أولا أحكام تقليدية ، ولذلك تصطدم فى بعض تفصيلاتها مع المنطق القانونى ، وقد ردها التقنين المدنى الجديد إلى المنطق فى كثير من التفصيلات . (ب) وهى ثانيا أحكام عملية ، فللإعسار معنى عملى فى هذه الأحكام ، ولا يعتد بالثمن الذى يعطيه المشترى للمدين مادام يتعذر عمليا على الدائن أن ينفذ عليه .

دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية » . وتنص المادة ٢٣٨ مدنى على ما يأتى : « ١ — إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له على علم بهذا الغش . ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر . كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر . ٢ — أما إذا كان التصرف تبرعا ، فإنه لا ينفذ فى حق الدائن . ولو كان من صدر له التبرع حسن النية . ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا . ٣ — وإذا كان الخلف الذى انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر . فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعا » . وتنص المادة ٢٣٩ مدنى على ما يأتى : « إذا ادعى الدائن إعسار المدين . فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . وتنص المادة ٢٤٢ مدنى على ما يأتى : « ١ — إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق . فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة . ٢ — وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين. وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه » . وتنص المادة ٢٤٣ مدنى على ما يأتى : « تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة

سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه»[١].

ويتبين من هذه النصوص أن شروط الدعوى البولصية يمكن أن ترد جميعا إلى فكرة أساسية واحدة ، هى أن المدين بتصرفه فى ماله قد أضر بدائنيه عن طريق انتقاص ضمانهم العام . ويرجع بعض شروط الدعوى البولصية إلى الدائن ، وبعضها إلى التصرف الذى يطعن فيه الدائن ، وبعضها إلى المدين . ثم إن التقنين المدنى الجديد قد استحدث للدعوى البولصية ، كما رأينا ، تقادما خاصا تستكمل به شروط رفعها .

المطلب الأول

الشروط التى ترجع إلى الدائن

٨٦٤ — يشترط فى الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء : حتى يجوز للدائن أن يطعن فى تصرف المدين بالدعوى البولصية ، يجب أن يكون حقه مستحق الأداء[٢] . وقد رأينا فى الدعوى غير المباشرة أنه يكفى أن يكون حق الدائن موجودا خاليا من النزاع ولا يشترط أن يكون مستحق الأداء ، ويبرر هذا الفرق بين الدعويين أن الدعوى البولصية أكبر خطراً من الدعوى غير المباشرة ، فالدائن يتدخل فى أعمال المدين ويطعن فى تصرفه ، ولا يكون ذلك إلا إذا كان قد اعتزم التنفيذ بحقه فوجب أن يكون هذا الحق مستحق الأداء . ومن باب أولى يجب أن يكون الحق خاليا من النزاع .

فمن كان حقه متنازعا فيه لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية[٣] . وكذلك

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٣٨ — ٢٤٠ و ٢٤٣ — ٢٤٤ (مطابق) — الليبى م ٢٤٠ — ٢٤٢ و ٢٤٥ — ٢٤٦ (مطابق) — العراقى م ٢٦٣ — ٢٦٥ و ٢٦٨ — ٢٦٩ (مطابق) — اللبنانى م ٢٧٨ (مقارب — ولكن الدعوى البولصية فى التقنين اللبنانى لا تفيد إلا الدائن الذى رفعها وتتقادم بعشر سنوات) .

(٢) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤ — ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ — ومن كان حقه صوريا لا يجوز له الطعن فى تصرف مدينه بالدعوى البولصية (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٨٥) ، وكذلك لا يستطيع استعمال الدعوى غير المباشرة .

(٣) استئناف وطنى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٥ — استئناف مختلط ١٦ =

لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية من كان حقه خاليا من النزاع ولكنه غير مستحق الأداء . كأن كان هذا الحق معلقا على شرط واقف أو مقترنا بأجل واقف[1] . وقد قدمنا أن الدائن يستطيع فى حالتى الشرط والأجل الواقفين أن يستعمل الدعوى غير المباشرة لأن الحق فى استعمال هذه الدعوى لايشترط فيه أن يكون مستحق الأداء . أما إذا كان الحق معلقاً على شرط فاسخ أو مقترنا بأجل فاسخ . فإن الدائن يستطيع استعمال الدعوى البولصية . لأن الشرط الفاسخ والأجل الفاسخ لا تمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء .

٨٦٥ — أى دائن حقه مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى البولصية : وأى دائن حقه خال من النزاع مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى البولصية . لافرق فى ذلك بين دائن عادى ودائن مرتهن ودائن له حق امتياز على النحو الذى قدمناه فى الدعوى غير المباشرة .

ولايشترط فى الحق أن يكون معلوم المقدار عند نشوئه . فالمضرور فى عمل غير مشروع حتى قبل تقدير التعويض المستحق له يستطيع استعمال الدعوى البولصية للطعن فى تصرف المسئول إذا صدر هذا التصرف بقصد « تهريب » المال حتى لا ينفذ عليه المضرور بالتعويض المستحق له . كذلك يجوز للدائن . فى حساب لم تتم تصفيته . أن يطعن فى تصرف صدر من مدينه بالدعوى البولصية . ولايشترط من باب أولى أن يكون حق الدائن ثابتا فى سند قابل للتنفيذ . ذلك أن القاضى فى الدعوى البولصية يبحث صفة المدعى فيثبت أمامه أنه دائن وأن حقه

= ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤ – وإذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ، ثم صدر حكم ابتدائى يحسم النزاع لصالحه ، واستأنف المدين الحكم ، فإن الدعوى البولصية توقف حتى يبت فى الاستئناف الذى يتوقف عليه الحق (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤) .

(١) وسنرى أنه يشترط فى المدين أن يكون معسراً . ولا تعارض بين إعسار المدين وبقاء أجل الدين فى الدعوى البولصية لسببين : (ا) الأجل لايسقط بمجرد الإعسار . بل يجب لسقوطه أن يشهر الإعسار بحكم ، فجاز أن يكون المدين معسراً دون أن يسقط الأجل إذا لم يشهر الإعسار بحكم (انظر مثل هذا فى الدعوى غير المباشرة آنفاً فقرة ٨٥١ فى الهامش) . (ب) والإعسار فى الدعوى البولصية فوق ذلك معنى عملى ينطوى على كثير من المرونة ، إذ يعتبر إعساراً فى هذه الدعوى ألا يكون للمدين مال ظاهر يفى بجميع ديونه حتى لو كان له مال غير ظاهر يفى بجميع الديون . أو كان له مال ظاهر ولكن يتعذر التنفيذ عليه . ففى هذه الأحوال لا يسقط الأجل وإن توافر شرط الإعسار لرفع الدعوى البولصية ، فلا يجوز عندئذ رفعها لأن حقه غير مستحق الأداء .

مستحق الأداء . فحكمه بإجابة الدائن إلى الطعن بالدعوى البولصية حكم بحق الدائن . فيصبح هذا الحق قابلا للتنفيذ(١) .

المطلب الثانى

الشروط التى ترجع إلى التصرف المطعون فيه

٨٦٦ — شروط ثلاثة : يشترط فى العمل الذى يصدر من المدين أن يكون : (١) تصرفا قانونيا . (٢) مفقرا . (٣) تاليا فى الوجود لحق الدائن .

٨٦٧ — تصرف قانونى : يجب أن يكون العمل الصادر من المدين تصرفا قانونيا . لا عملا ماديا . فلو أن المدين تسبب إهمالا أو عمداً فى الإضرار بالغير فالتزم بالتعويض . وجعله هذا الالتزام معسراً . فلا سبيل للدائن إلى الطعن فى العمل غير المشروع بالدعوى البولصية . فإن هذا العمل بحكم أنه عمل مادى نافذ ضرورة فى حق الدائن .

وأى تصرف قانونى يقبل الطعن فيه بالدعوى البولصية . سواء كان التصرف صادرا من جانب واحد أو صادرا من الجانبين . وسواء كان تبرعا أو معاوضة . فالنزول عن حق عينى والإبراء والوقف وإجازة عقد قابل للإبطال . كل هذه تصرفات صادرة من جانب واحد يجوز الطعن فيها . والهبة والبيع والشركة والصلح (٢) تصرفات صادرة من الجانبين . تبرعا أو معاوضة . وتقبل كلها الطعن فيها بالدعوى البولصية(٣) .

---

(١) ولا فرق كذلك بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل ، ولا بين ما إذا كان مصدر الحق تصرفا قانونيا أو واقعة مادية ، فالكل سواء فى استعمال الدعوى البولصية على النحو الذى قدمناه فى الدعوى غير المباشرة .

ولكن يشترط ، خلافا للدعوى غير المباشرة ، أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه . وسيأتى بيان ذلك فيما يلى .

(٢) ويجوز الطعن فى الصلح بالدعوى البولصية حتى بعد تصديق المحكمة عليه (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٩١) .

(٣) وهناك صورتان خاصتان للدعوى البولصية . هما التدخل فى القسمة واعتراض الخارج عن الخصومة . أما بالنسبة إلى التدخل فى القسمة . فقد قضت المادة ٨٤٢ مدنى بأن دائن الشريك له أن يتدخل فى إجراءات القسمة حتى يراقب مدينه ويمنعه من الإضرار بحقه . وهنا نرى الدعوى البولصية =

٨٦٨ – تصرف مفقر : ويجب أن يكون التصرف الصادر من المدين تصرفاً مفقراً (acte d'appauvrissement) ، أي تصرفاً ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته . مثل أن ينقص المدين من حقوقه أن يهب عيناً ، أو يبرئ مديناً ، أو يرفض وصية . كذلك إذا باع المدين عيناً أو حقاً شخصياً فقد أنقص حقوقه ، أما الثمن الذي قبضه فيجب أن نفرض أنه كان ثمناً بخساً أو أن المدين قد استطاع أن يخفيه أو يبدده بحيث لا يتمكن الدائن من التنفيذ عليه بحقه . ومثل أن يزيد المدين في التزاماته أن يقترض ، أو أن يلتزم بمبلغ من المال حصة في شركة[1] .

وإعطاء المدين المعسر لأحد الدائنين ضماناً خاصاً يجعله يتقدم على سائر

= يستعملها الدائن لا لإصلاح ما وقع من الضرر ، بل لمنع الضرر قبل وقوعه . على أنه إذا تمت القسمة دون تدخل الدائن ، وتبين أن المدين قد تعمد الإضرار بحق الدائن ، بأن أفرز مثلاً لنفسه نصيباً أقل مما يستحقه حتى ينقص من ضمان الدائن ، فإنه يجوز للدائن أن يطعن في القسمة بالدعوى البولصية في صورتها العادية المألوفة . وأما عن اعتراض الخارج عن الخصومة ، فقد نصت المادة ١/٤٥٠ مرافعات على أنه لا يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم » . وهنا يطعن الدائن ، لا في تصرف قانوني صدر من مدينه ، بل في حكم صدر ضد مدينه نتيجة لتواطؤ هذا المدين مع خصمه حتى يصدر الحكم ضده إضراراً بالدائن ، أو نتيجة لإهمال جسيم من المدين في دفاعه عن حقه . وهذه الصورة من الطعن هي صورة خاصة للدعوى البولصية تتلاءم مع طبيعة الحكم . وتختلف هذه الصورة الخاصة عن الصورة المألوفة للدعوى البولصية في أمرين : (أ) يكفي في هذه الصورة الخاصة أن يثبت الدائن إهمالاً جسيماً من المدين دون أن يثبت غشه . (ب) لا يستفيد من الطعن في هذه الصورة الخاصة إلا الدائن الذي رفع الاعتراض (م ٤٥٥ مرافعات) ، فلا يستفيد منه سائر الدائنين .

(١) وكانت زيادة المدين في التزاماته في عهد التقنين المدني السابق لا تعتبر تصرفاً مفقراً ، فكان لا يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية . فعالج التقنين المدني الجديد هذا العيب التقليدي في الدعوى البولصية . فإن المدين الذي يقترض – أي يزيد في التزاماته فيعسر يضر بدائنيه بالقدر الذي يضرهم به لو أنه باع عيناً مملوكة له فأنقص من حقوقه وكان هذا الإنقاص سبباً في إعساره . وغني عن البيان أننا نفترض أن المدين عندما اقترض أخفى ما اقترضه ، وإلا لما كان القرض سبباً في إعساره أو في زيادة إعساره متى وجد مبلغ القرض في ماله ، إذ يكون في هذه الحالة قد اغتنى بقدر ما افتقر .

والعبرة بتاريخ التصرف الذي زاد في التزامات المدين . فإن كان هذا التصرف قد صدر قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لم يجز الطعن فيه بالدعوى البولصية تطبيقاً لأحكام التقنين المدني السابق ، وإلا جاز الطعن فيه تطبيقاً لأحكام التقنين المدني الجديد .

بالدائنين يعتبر تصرفا مفقرا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية . ويجب التمييز في هذه الحالة بين فرضين ، فقد يكون الدائن حصل من المدين على هذا الضمان بغير مقابل ، وقد يكون أدى مقابلا له . ففي الفرض الأول يكون التصرف تبرعا ولايشترط غش الدائن الذى حصل على الضمان الخاص . بل ولاغش المدين الذى أعطى هذا الضمان . أما فى الفرض الثانى ، إذا أدى الدائن مقابلا للضمان كأن مد فى أجل الدين أو حط جزءاً منه ، فإن التصرف يكون معاوضة ، ويشترط غش كل من المدين والدائن . وفى كلا الفرضين ، إذا نجح الطعن فى التصرف ، اعتبر الضمان الخاص الذى حصل عليه الدائن غير نافذ فى حق سائر الدائنين ، وفقد الدائن ميزة التقدم التى كان يسعى إليها (م ٢٤٢/١ مدنى) .

وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل حلول الأجل ، اعتبر هذا الوفاء تبرعا ، وجاز الطعن فيه بالدعوى البولصية دون حاجة لإثبات غش المدين أو الدائن . أما الوفاء عند حلول الأجل فيعتبر معاوضة . ويجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ولكن يشترط إثبات غش المدين والدائن (م٢٤٢/٢ مدنى) .

أما إذا امتنع المدين عن زيادة حقوقه أو عن إنقاص التزاماته ، كما إذا رفض هبة أو أقر بدين فى ذمته تقادم بسنة واحدة (م٣٧٨ مدنى) ، فليس هذا بتصرف مفقر ، وليس للدائن أن يشكو منه فإنه لم يجرد المدين من حق كان داخلا فى ضمان الدائن ولم يثقل كاهله بدين جديد يضعف من هذا الضمان . وكان مقتضى هذا أن المدين إذا امتنع عن التمسك بالتقادم لكسب حق أو إسقاط التزام ، فليس للدائن أن يطعن فى ذلك ، لأن المدين لايكسب الحق ولايسقط الالتزام إلا إذا تمسك بالتقادم . فإذا رفض التمسك به فلا يكون قد أنقص حقوقه أوزاد فى التزاماته ، بل يكون قد امتنع عن زيادة حقوقه أوإنقاص التزاماته . غير أن المادة ٣٨٨/٢ مدنى قضت بأن النزول عن التقادم المسقط لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم . وبهذا الحكم أيضاً قضت المادة ٩٧٣ مدنى بالنسبة إلى التقادم المكسب . وقد قدمنا أن للدائن ، فوق ذلك ، أن يتمسك بالتقادم ، مسقطا كان أومكسبا ، بالنيابة عن مدينه ، مع أن التمسك بالتقادم يعد رخصة لاحقاً(١) .

---

(١) انظر م ٣٨٧ و٩٨٣ مدنى – وانظر آنفاً فقرة ٨٤٢ .

وحتى يكون للدائن مصلحة فى الطعن فى تصرف المدين بالدعوى البولصية يجب أن يكون الحق الذى تصرف فيه المدين يستطيع الدائن أن يستوفى منه حقه . فإذا كان هذا الحق مثقلا بحقوق عينية للغير تستغرقه ولاتدع منه شيئاً للدائن ، أوكان الحق لايجوز الحجز عليه كالمرتبات والنفقة والملكية الزراعية الصغيرة . فإن الدائن لاتكون له مصلحة فى الطعن فى تصرف المدين . ومن ثم لا يجوز له أن يرفع الدعوى البولصية .

٨٦٩ — تصرف تال فى الوجود لحق الدائن : ويجب أخيراً أن يكون التصرف الصادر من المدين تاليا فى الوجود لحق الدائن الذى يطعن فى هذا التصرف. وذلك لأنه إذا سبق التصرف حق الدائن ، لم يكن للدائن وجه للتظلم ، إذ لم يوجد حقه إلا بعد صدور التصرف وفى وقت لم يكن الحق الذى تصرف فيه المدين جزءاً من ضمانه . ولايتصور وجود الغش فى جانب المدين إذا كان تصرفه سابقا على وجود حق الدائن[١] . وقد رأينا فى الدعوى غير المباشرة أنه لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين الذى يستعمله الدائن ، لأن هذا الحق الأخير موجود فى أموال المدين حتى لوكان سابقا على حق الدائن فهو إذن جزء من ضمان الدائن[٢] .

والعبرة فى تاريخ حق الدائن بالوجود لا بالاستحقاق . فلوكان الحق موجوداً قبل صدور التصرف ولوكان غير مستحق الأداء فللدائن أن يرفع الدعوى البولصية ولكن بعد أن يصبح الحق مستحق الأداء . فيستطيع الدائن المعلق حقه على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف . عند تحقق الشرط أوعند حلول الأجل . أن يطعن بالدعوى البولصية فى تصرف صدر من مدينه قبل تحقق الشرط أوقبل حلول الأجل[٣] . والعبرة فى التصرف الصادر من

---

(١) ولكن قد يتصرف المدين فى مال له متوقعاً أنه سيصبح مدينا فى وقت قريب ، كأن يبيع فى وقت يسعى فيه لعقد قرض ، وكأن يهب عقارا ثم يقترض . ففى مثل هذا الفرض يجوز للدائن . بالرغم من أن حقه تال لتصرف المدين ، أن يطعن فى هذا التصرف بالدعوى البولصية لأن الغش فى جانب المدين قد توافر (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٤ — ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥ — ٢٢ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٤ ص ٥١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٨٥١ .

(٣) وإذا تصرف المدين فى وقت كان الدائن قد رفع فيه دعوى يطلب الحكم بحقه المتنازع فيه ، =

المدين بتاريخ صدوره لا بتاريخ شهره إن كان من التصرفات التي تستوجب الشهر. فإذا كان التصرف بيعا مثلا ، وجب أن يكون صدور البيع تاليا لثبوت حق الدائن ، أما إذا كان سابقا فليس للدائن أن يطعن فى البيع حتى لو لم يسجل إلا بعد ثبوت حقه(١) .

المطلب الثالث

الشروط التي ترجع إلى المدين

٨٧٠ — شرطانه : ويشترط فى المدين : (١) الإعسار . (٢) الغش والتواطؤ .

٨٧١ — الإعسار : ويكون المدين معسراً إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه . وهو إما أن يكون غير معسر قبل صدور التصرف المطعون فيه فيجب أن يكون هذا التصرف هو السبب فى إعساره ، أو أن يكون معسراً قبل صدور التصرف فيجب أن يزيد التصرف فى إعساره . فلو أن التصرف المطعون فيه لم يكن هو السبب فى الإعسار ، بل بقى المدين موسراً بعد هذا التصرف(٢) .

=وكان الدافع للمدين على التصرف توقعه صدور الحكم عليه فى دعوى الدائن ، فللدائن ، بعد أن يحصل على حكم لمصلحته فيصبح حقه خاليا من النزاع ، أن يطعن فى تصرف المدين ، لأنه إذا كان هذا التصرف قد سبق الحكم ، فإن الحكم ليس منشئاً لحق الدائن بل هو كاشف عنه ، فالحق موجود قبل صدور التصرف من المدين (استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٢٠ ص ٤٤٢ — استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١).

ويلاحظ أن الحق الناتج من الحساب الجارى لا يعتبر وجوده من وقت افتتاح الحساب ، بل من وقت وجود الرصيد (استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩) .

(١) استئناف مصر ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٦ ص ٨٩١ .

والدائن هو الذى يحمل عبء إثبات أن حقه سابق فى الوجود على صدور التصرف المطعون فيه ، لأنه هو المكلف بإثبات توافر شروط الدعوى البولصية . وتاريخ التصرف ولو كان غير ثابت يكون حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس لأنه ليس من الغير قبل أن يثبت توافر شروط الدعوى البولصية . فإذا كان تاريخ التصرف سابقا على تاريخ وجود حق الدائن ، كان للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن تاريخ التصرف قد قدم عمداً بقصد حرمانه من الدعوى البولصية . وإذا كان تاريخ وجود حق الدائن سابقاً على تاريخ التصرف ، كان للمتصرف له أن يثبت هو أيضاً بجميع الطرق أن تاريخ حق الدائن قد قدم عمداً حتى يستطيع الدائن الطعن فى التصرف بالدعوى البولصية (انظر آنفاً فقرة ٦٤٨) .

(٢) انظر نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ ص ٣٨٣ .

ولكن طرأ بعد ذلك ماجعله معسراً ، فلايجوز للدائن أن يطعن فى التصرف[1].

وقد وضعت المادة ٢٣٩ مدنى قرينة قانونية تيسر على الدائن إثبات إعسار المدين ، فليس على الدائن إلا أن يثبت مافى ذمة المدين من ديون ، وعند ذلك تقوم قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على أن المدين معسر . وينتقل عبء الإثبات إلى المدين ، وعليه هوأن يثبت أنه غير معسر بإثبات أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها . فإن لم يستطع إثبات ذلك اعتبر معسراً . ونرى من ذلك أن الإعسار فى الدعوى البولصية ، كالإعسار فى الدعوى غير المباشرة[2] ، المقصود به هوا الإعسار الفعلى بأن تزيد ديون المدين على حقوقه ، لا الإعسار القانونى الذى يستلزم حكما بشهره بشروط وإجراءات معينة . وللإعسار فى الدعوى فى البولصية ، فوق ذلك ، معنى عملى ينطوى كما قدمنا[3] على كثير من المرونة . فإذا طولب المدين بإثبات أن له مالا يساوى قيمة ديونه ، وجب عليه أن يدل على أموال ظاهرة لا يتعذر التنفيذ عليها ، وإلا اعتبر معسراً[4] . وإذا فرض أن حق الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان موعودا ببيع عين ثم باع المدين العين الموعود ببيعها ، اعتبر الدائن فى حالة إعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البولصية مادام الدائن لايستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التى تركز فيها حقه ، حتى لوكان عند المدين أموال كافية تفى بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى

---

(١) وقد يتفق أن تصرف المدين لا يجعله معسراً ، ولكن يكون هذا التصرف حلقة فى سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها يؤدى إلى إعساره ، وقد قصد بذلك الإضرار بالدائن ، فى هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن فى هذه التصرفات كلها ولا يجتزئ بالتصرف الأخير الذى سبب إعسار المدين (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٧م ٢٩ ص ٤٥٤ – ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ رقم ٢٦٣ ص ٢٦٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٨٥٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٨٦٤ فى الهامش .

(٤) استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٦ ص ٣٢٨ – ومن هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ، ومع ذلك يسبب إعساره . ويكفى لتحقق ذلك أن يكون المدين قد باع عينا مملوكة له بثمن بخس ، أو باعها بثمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ بحقه (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٤) .

البولصية فى تصرف المدين فى العين الموعود ببيعها. فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها(١) .

ويجب أن يبقى المدين معسراً إلى وقت رفع الدعوى البولصية . فلو أن تصرفه سبب إعساره أو زاد فى إعساره ، ثم انقلب بعد ذلك موسراً لزيادة طرأت على ماله كما إذا تلقى ميراثا أو وصية أو عقد صفقة رابحة ، فلا يجوز للدائن أن يطعن فى تصرف المدين إذ لم تعد له مصلحة فى ذلك .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان تصرف المدين هو الذى سبب إعساره أو زاد فى هذا الإعسار، وما إذا كان الإعسار باقيا إلى وقت رفع الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض فى ذلك(٢) .

---

(١) انظر نظير ذلك فى الدعوى غير المباشرة آنفاً فقرة ٨٥١ فى الهامش . ويترتب على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل المشترى ، ثم باعه ثانية لمشتر آخر وبادر المشترى الثانى إلى التسجيل متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشترى الأول ، أمكن هذا الأخير أن يطعن فى البيع الثانى بالدعوى البولصية إذ أن حقه قد تركز فى العقار المبيع (استئناف مصر ١٧ يونيه سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٧١ ص ٥٦٩) . وانظر أيضا استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ - استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٠ . ولكن محكمة النقض ذهبت إلى العكس من ذلك ، وقضت بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل (نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ١٧٦ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢) . ويجوز على كل حال الطعن فى العقد المسجل بالدعوى البولصية ليصل المشترى الأول إلى استرداد الثمن الذى دفعه والتعويضات التى يستحقها دون أن يسترد العقار ذاته (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٨ ص ١١٨٥ - استئناف أسيوط ٣ يونيه سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧) . وإذا طعن المشترى الأول الذى لم يسجل عقده فى العقد المسجل للمشترى الثانى بالصورية لا بالدعوى البولصية ، فعند ذلك يقدم المشترى الأول الذى لم يسجل عقده على المشترى الثانى الذى سجل عقده (نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ - ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ - ٧ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٧ ص ٧٠١ - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٦ ص ٨٠٨) . وكذلك الحكم لو تنازع عقد شراء صورى مع صلح جدى (نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٦ ص ٢٠٥) .

(٢) نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ --

٨٧٢ – الغش والتواطؤ : ولا يكفى أن يكون تصرف المدين قد تسبب أوزاد فى إعساره . بل يجب أيضاً . إذا كان التصرف معاوضة كالبيع ، أن يكون قد صدر من المدين غشا . والعبرة فى الغش أن يكون موجودا وقت صدور التصرف . فعلى الدائن أن يثبت أن المدين وقت أن صدر منه البيع كان يعلم أن هذا البيع يسبب إعساره أويزيد فى إعساره . فيكون هذا قرينة قانونية على غش المدين (م ٢٣٨ / ١ مدنى) . ولكن القرينة غير قاطعة . ويستطيع المدين أن ينقضها بأن يثبت أنه بالرغم من علمه بالإعسار لم يقصد إلحاق الضرر بالدائن . بل كان الدافع له على التصرف باعثا آخر . كتلبية لنداء واجب أدبى أو اعتقاده أن التصرف سيكون سببا فى ترويج أعماله وعودته إلى اليسار حتى لو أخلفت الأيام ظنه فبقى معسراً[1] . ولا يكفى . مادام التصرف معاوضة . أن يكون هذا التصرف منطويا على غش من المدين على النحو المتقدم الذكر . بل يجب أيضاً أن يكون من صدر له التصرف –المشترى مثلا – على علم بهذا الغش . وهنا أيضاً يقيم التقنين المدنى(م٢٣٨/١) قرينة قانونية أخرى . فيكفى أن يثبت الدائن علم المشترى بأن البيع يسبب إعسار المدين أو يزيد فى إعساره حتى يعتبر المشترى على علم بغش المدين . وعلى المشترى إذا أراد أن ينقض هذه القرينة أن يثبت أنه بالرغم من هذا العلم كان يعتقد بحسن نية أن المدين لم يكن يقصد الإضرار بدائنيه . كأن يكون البيع الصادر من المدين ليس إلا تصرفا مألوفاتقتضية صيانة تجارته أو زراعته أو صناعته . ونخلص من ذلك أن التصرف . إذا كان معاوضة. وطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية . بدأ بإثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأن هذا التصرف يؤدى إلى إعساره . وأن من صدر له التصرف يعلم ذلك أيضاً . فإذا تمكن من هذا الإثبات . فرضنا الغش فى جانب المدين وفى جانب من صدر له التصرف أى أنهما متواطئان على الإضرار بالدائن. وذلك إلى أن يثبت أى منهما أنه لم تكن عنده نية الإضرار بالدائن . والإثبات من جانب الثلاثة يكون بجميع

= وإنما تتحقق محكمة النقض من أن هذين الأمرين قد تثبتت منهما محكمة الموضوع ، والدائن هو المكلف بإثبات كل منهما .

(١) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ – ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ .

الطرق ، لأن المراد إثبات واقعة مادية ، ولأن الغش يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات[1] .

أما إذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعا كهبة ، فليس من الضرورى أن يثبت الدائن غش المدين المتبرع أى علمه بإعساره . ومن باب أولى ليس من الضرورى أن يثبت علم الموهوب له بإعسار المدين . بل يكفى للنجاح فى الدعوى البولصية فى حالة التبرع أن يثبت الدائن أن هذا التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد فى إعساره ، سواء كان المدين يعلم ذلك أو لا يعلم . وسواء كان الموهوب له يعلم هو أيضاً أو لا يعلم[2] (م ٢٣٨ / ٢) مدنى . ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقى هذا التبرع قائماً ، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات نفع عليه إذا أجزنا للدائن الطعن فى التبرع . والفرق واضح بين من يتوقى ضرراً ومن يبتغى نفعاً . فالأول أى الدائن هو الأجدر بالرعاية . أما فى المعاوضات فالمشترى إنما يتوقى ضرراً كالدائن إذ أنه دفع مقابلا للمدين . فإن كان حسن النية وجب أن يفضل على الدائن مادام هذا لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه . وإن كان المشترى سيئ النية فضل عليه الدائن[3] .

ويجوز أن من تصرف له المدين يتصرف بدوره لخلف ثان . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

---

(١) ووجود التواطؤ فى الدعوى البولصية مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤١٩ ص ٨٥٠) .

(٢) والمهر فى الشريعة الإسلامية مبلغ من المال يعطيه الزوج لزوجته ، وفيه معنى المقابل لحل الاستمتاع . ولذلك يسقط نصف المهر بعدم الدخول . ومن هذا نرى اعتبار المهر معاوضة ، فيجب على دائن الزوج أن يثبت تواطؤ الزوج وزوجته على الزيادة فى مهرها زيادة فاحشة بقصد الإضرار بالدائن . أما الهدايا التى يقدمها الخطيب لخطيبته والزوج لزوجته فنرى اعتبارها من قبيل التبرعات ، فلا يشترط فيها إثبات الغش . وأما مايقدمه والد الزوجة أو أحد أقاربها من المعونة المالية لتجهيزها فيمكن أن يعد وفاء لالتزام طبيعى ، لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إلا إذا ثبت الغش بأن جاوزت المعونة الحد المألوف وزاد الجهاز على جهاز المثل .

(٣) أما فى فرنسا فالغش فى جانب المدين شرط فى الدعوى البولصية ، سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعا . ولكن إذا كان التصرف معارضة اشترط الغش أيضاً فى جانب من صدر له التصرف ، بخلاف ما إذا كان التصرف تبرعا فلا يشترط الغش فى جانب من صدر له التبرع ويكفى غش المدين .

(الفرض الأول) أن الخلف الأول الذى تصرف له المدين قد تصرف للخلف الثانى تبرعا . فنى هذا الفرض لايشترط سوء نية الخلف الثانى ، لأنه إنما يبتغى نفعاً ولا يتوقى ضرراً كما قدمنا . فإذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعا . فلا يشترط سوء نيته ولاغش المدين كما سبق القول . أما إذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف معاوضة . فيشترط إثبات غش كل من المدين وهذا الخلف على النحو الذى قدمناه .

(الفرض الثانى) أن الخلف لأول الذى تصرف له المدين قد تصرف للخلف الثانى معاوضة ، فإذا كان المدين قد تصرف معاوضة أيضاً للخلف الأول ، فلا يكفى أن يثبت الدائن غش كل من المدين والخلف الأول بل يجب أيضاً أن يثبت غش الخلف الثانى . فيثبت أن الخلف الثانى علم أمرين . أولهما غش المدين والثانى علم الخلف الأول بغش المدين[1] (م٣/٢٣٨ مدنى) . وهنا تخرج الدعوى البولصية على القواعد العامة . فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أنه متى أمكن النجاح فى الدعوى البولصية بالنسبة إلى الخلف الأول ، انتزع الشيء من يد الخلف الثانى دون حاجة إلى إثبات سوء نيته . لأنه لم يكن فى وسع الخلف الأول أن ينقل إلى الخلف الثانى أكثر مما له . ولكن المبررات التى قامت لحماية الخلف الأول وتفضيله على الدائن إذا كان حسن النية تقوم هى نفسها لحماية الخلف الثانى وتفضيله على الدائن إذا كان هو — دون الخلف الأول — حسن النية . أما إذا كان المدين قد تصرف تبرعا للخلف الأول ، فقد قدمنا أن الدائن ليس مكلفا بإثبات سوء نية المدين ولا سوء نية الخلف الأول ، ولكن مادام الخلف الأول قد تصرف معاوضة للخلف الثانى فإنه يجب على الدائن أن يثبت . حتى ينجح فى الدعوى البولصية قبله . علم هذا الخلف الثانى بإعسار المدين[2] (م٣/٢٣٨ مدنى) . فإذا كان الخلف الثانى حسن النية فإنه

---

(١) ولكن إذا باع المشترى العين بعد أن رفعت عليه الدعوى البولصية وبعد أن صدر الحكم فيها وسجل . فلا ضرورة لإثبات سوء نية المشترى الثانى (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ — ٢ مايوسنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ — ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص٥٧٠) .

(٢) ويمكن أن تتحقق هذه الحالة عملا إذا كان كل من المدين والموهوب له سيء النية ، فعندئذ إما أن يكون المشترى من الموهوب له حسن النية فلا يجوز للدائن رفع الدعوى البولصية ، أو أن يكون سيء النية فيجوز للدائن ذلك .

يفضل على الدائن ، لأنه دفع مقابلا فهو يتوقى ضررا كالدائن على الوجه الذى قدمناه .

المطلب الرابع

التقادم فى الدعوى البولصية

٨٧٣ — تقادم الدعوى البولصية فى التقنين المدنى السابق : لم يكن هناك نص خاص فى التقنين المدنى السابق فى صدد تقادم الدعوى البولصية ، فكانت تتقادم بخمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف ، كسائر الدعاوى التى لم يرد فى أمر تقادمها نص خاص[1] .

٨٧٤ — تقادم الدعوى البولصية فى التقنين المدنى الجديد : أما التقنين المدنى الجديد فقد استحدث نصا (م ٢٤٣) فى تقادم الدعوى البولصية يقضى بأن « تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه » . وقد نزل التقنين المدنى الجديد بمدة التقادم إلى ثلاث سنوات ، حتى لا يبقى مصير التصرف الصادر من المدين معلقاً مدة طويلة .

وتسرى مدة الثلاث السنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف أى من وقت علمه بصدور التصرف وبإعسار مدينه وبالغش الواقع من هذا المدين ومن خلفه إن كان هناك موجب لذلك وفقاً للقواعد التى سبق ذكرها[2] . وقد لا يعلم الدائن بكل ذلك إلا بعد صدور التصرف بمدة طويلة ، فإذا زادت هذه المدة على اثنتى عشرة سنة ، ثم تركنا بعد ذلك للدائن ثلاث سنوات لرفع الدعوى ، فإن مدة التقادم على هذا الحساب تزيد على خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف . لذلك قضت المادة ٢٤٣ مدنى كما رأينا بأن الدعوى البولصية « تسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى

---

(١) استئناف وطنى ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٦٢/٣ ص ٤٨٣ .

(٢) ولا يسرى التقادم أيضاً إلا من وقت حلول حق الدائن ، لأن الدائن لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية إلا إذا كان حقه مستحق الأداء .

صدر فيه التصرف المطعون فيه » . فني الحالة المتقدمة الذكر ، وهي حالة ما إذا لم يعلم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف إلا بعد مدة تزيد على اثنتي عشرة سنة ، تتقادم الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على الدعوى البولصية

٨٧٥ — طبيعة الدعوى البولصية : الأصل أن الدائن ينصرف إليه أثر العقد الصادر من المدين ، على أن يكون المدين حسن النية في هذا التصرف ، فإن كان سيئ النية فإن أثر العقد لاينصرف إلى الدائن . ومن ثم تكون الدعوى البولصية هي دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين المعسر في حق الدائن . وفي هذا تتركز آثار الدعوى البولصية . بل ليس هذا إلا النتيجة الطبيعية لما قدمناه من شروط هذه الدعوى . فقد رأينا أن هذه الشروط ترد إلى فكرة أساسية ، هي غش المدين بقصد الإضرار بالدائن . فأخذاً للمدين بغشه ، ودرءاً لهذا الضرر ، واستخلاصاً للجزاء من طبيعة العمل ، جعل القانون تصرف المدين غير نافذ في حق الدائن . وبذلك يرتد الغش ويندفع الضرر .

ومما يترتب من النتائج على أن الدعوى البولصية هي دعوى بعدم نفاذ التصرف ما يأتي :

أولا — ليست الدعوى البولصية بدعوى بطلان ولا بدعوى تعويض . والفقه الفرنسي زاخر بالمناقشات المحتدمة في هذا الصدد[1] .

---

(١) وقد انقسم الفقه الفرنسي في ذلك بين رأيين : رأي يذهب إلى أن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان ، ويستند في ذلك إلى أن كلمة «البطلان» وردت في نصوص التقنين المدني الفرنسي في صدد تطبيقات للدعوى البولصية ، وإلى تقاليد القانون الروماني وإلى تقاليد القانون الفرنسي القديم . ويعيب هذا الرأي أن الدائن لا يبطل التصرف الصادر من مدينه ، بل إن هذا التصرف يبقى قائماً ، وكل مايطلبه الدائن هو ألا يسري في حقه هذا التصرف . ورأي آخر يذهب إلى أن الدعوى البولصية هي دعوى تعويض . ويعيب هذا الرأي أن تصرف المدين لا ينفذ في حق الدائن ، فهو ليس في حاجة إلى تعويض إذ لم يلحقه ضرر بعد أن منع وقوعه ، فأثر الدعوى البولصية هو أقرب إلى التنفيذ العيني منه إلى التعويض .

—

ثانيا – ولما كانت الدعوى البولصية هى دعوى يطلب فيها الدائن عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين . فمن الطبيعى أن يكون خصم الدائن فى هذه الدعوى هو كل شخص اشترك فى هذا التصرف . فيرفع الدائن الدعوى على المدين ومن تصرف له المدين . وإذا كان المتصرف له قد تصرف بدوره إلى خلف ثان وجب إدخال هذا أيضاً فى الدعوى[1] وهكذا .

ثالثاً – ومادام الدائن لايطلب إلا عدم نفاذ التصرف فى حقه . فإنه يترتب على ذلك أن تصرف المدين لايبطل . بل يبقى قائما بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين . ونخلص من ذلك أن أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن يختلف عن أثرها بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين . وفى هذا تتلخص آثار الدعوى البولصية .

المطلب الأول

أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن

٨٧٦ – عدم مضى الدائن فى الدعوى إذا استوفى حقه : قد يقوم المدين نفسه بوفاء الدين ، فينهى بذلك الدعوى أو يوقف إجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائن . ولكن الغالب أن المدين لايستطيع وفاء الدائن لإعساره ،

= وإذا نفينا عن الدعوى البولصية أنها دعوى بطلان ، فقد نفينا عنها ما يذهب إليه رأى من أنها دعوى عينية ، أو رأى آخر من أنها دعوى مختلطة ، وذلك من أجل تعيين المحكمة المختصة بنظرها . فإن القول بأحد هذين الرأيين إنما كان مبنيا على أساس أنها دعوى بطلان ، وأن دعاوى البطلان هى دعاوى عينية لأنها ترجع العين إلى ملك المدين ، أو هى دعاوى مختلطة لأنها تبدأ شخصية ثم تنقلب عينية . والدعوى البولصية إنما هى دعوى شخصية (نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ – ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤). ولكن ليس ذلك لأنها دعوى تعويض فقد نفينا عنها هذا الوصف ، بل لأن الدائن لا يطالب بحق عينى ، وكل ما يطلبه هو عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه . ولا يترتب على إجابة طلبه أن العين التى تصرف فيها المدين ترجع إلى ملكية هذا الأخير ، فإن تصرف المدين يبقى قائما . كما أن العين لا تؤول إلى ملكية الدائن بل ترجع إلى ضمانه العام ، وعليه أن يقوم بإجراءات تنفيذية متميزة عن إجراءات الدعوى البولصية لينفذ بها على العين التى رجعت إلى ضمانه .

(١) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ .

فيصح أن يقوم بالوفاء من تصرف له المدين[1] . ثم يرجع بما وفاه على المدين .

بل إن من تلقى الحق بعوض من المدين ، كالمشترى ، ينفتح أمامه سبيل آخر للتخلص من الدعوى البولصية إذا كان الثمن الذى اشترى به هو ثمن المثل . فقد نصت المادة ٢٤١ مدنى على أنه « إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزانة المحكمة »[2] . ويستطيع من تلقى الحق التخلص من الدعوى البولصية حتى لو اشترى بأقل من ثمن المثل ، مادام يودع خزانة المحكمة ثمن المثل على ذمة الدائنين . ويكفى فى جميع الأحوال أن يعلن من تلقى الحق الدائن بالإيداع . وليس من الضرورى أن يعلن سائر الدائنين فقد لا يستطيع أن يعرفهم جميعاً . ولكن ذلك لا يمنع سائر الدائنين ، إذا هم علموا بإيداع الثمن خزانة المحكمة أن يبادروا إلى التنفيذ على الثمن بحقوقهم . وهم يشاركون فى ذلك الدائن الذى رفع الدعوى البولصية مشاركة الغرماء كما سنرى .

٨٧٧ — عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن : إذا لم يستوف الدائن حقه ، استمر فى الدعوى حتى يحصل على حكم يقضى بعدم نفاذ تصرف المدين بالنسبة إليه . فلا يسرى فى حقه أثر هذا التصرف إذ يعتبر فيه من الغير . ويترتب على ذلك أن الحق الذى تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن ، فينفذ هذا عليه ، ويتخذ فى ذلك إجراءات تنفيذ متميزة عن إجراءات الدعوى البولصية وإن كانت تقترن بها . ومن هنا نرى أن دخول الحق فى ضمان الدائن يكون بأثر رجعى ، إذ يعتبر أن الحق لم يخرج من هذا الضمان[3] .

---

(١) استئناف وطنى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٤٢ (مطابق) — الليبى م ٢٤٤ (مطابق) — العراقى م ٢٦٧ (موافق) — اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٣) على أن الدائن قد يضطر إلى التنفيذ على حق آخر حل محل الحق الذى تصرف فيه المدين ، كما إذا كانت العين تحت يد مشتر ثان حسن النية . فإن الدائن فى هذه الحالة لا ينفذ إلا على الثمن المستحق فى ذمة المشترى الثانى للمشترى الأول . وهذا إذا كان الثمن مساوياً لقيمة العين أو أكبر من قيمتها ، أما إذا كان أقل فإن الدائن يرجع بقيمة العين على المشترى الأول سيء النية . وإذا فرضنا موهوبا له حسن النية بدلا من المشترى الأول ، وقد باع العين الموهوبة لمشتر حسن النية ، فإن الدائن لا يرجع على الموهوب له حسن النية إلا بقدر ما استفاد ، فإن كان قد باع العين بأقل من قيمتها رجع عليه الدائن بالثمن دون القيمة .

٨٧٨ — استفادة جميع الدائنين الذين صدر التصرف إضرارا بهم : وكانت القاعدة فى عهد التقنين المدنى السابق ، أخذا بحكم القانون الفرنسى ، أن الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية هو الذى يستأثر وحده بفائدتها دون سائر الدائنين ممن لم يدخلوا فى الدعوى[1]. ولكن التقنين المدنى الجديد نص فى المادة ٢٤٠ منه على أنه « متى تقرر عدم نفاذ التصرف ، استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضرارا بهم »[2] . فإذا ما رفع دائن مستوف لشروط الدعوى البولصية هذه الدعوى ، جاز لأى دائن آخر مستوف مثله لشروط الدعوى أن يتدخل فيها ، فيستفيد من الحكم بطبيعة الحال . وإذا لم يتدخل أحد ، ونجح الدائن الذى رفع الدعوى فى دعواه ، فإن الحق الذى تصرف فيه المدين يعود إلى الضمان العام لجميع الدائنين ممن استوفوا شروط الدعوى البولصية وكانت حقوقهم سابقة على التصرف المطعون فيه . فإذا عمد الدائن الذى حصل على الحكم إلى اتخاذ إجراءات تنفيذية على الحق الذى عاد إلى هذا الضمان العام على النحو الذى أسلفناه ، كان لكل دائن استوفى شروط الدعوى البولصية بالنسبة إلى هذا الحق أن يتدخل فى إجراءات التنفيذ ، فيشارك الدائن الأول مشاركة الغرماء ، بل قد يتقدم عليه إذا كان له حق عينى يخوله هذا التقدم . وبذلك تتحقق المساواة ما بين الدائنين ، ولا يتقدم أحد على آخر

---

(١) استئناف مصر ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٦: ص ٩٠٤ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ ص ٢٢٩ — استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ .

ويعلل الفقهاء فى فرنسا ذلك عادة بنسبية الحكم ، فمادام الدائنون الآخرون لم يدخلوا فى الدعوى فلا يستفيدون من الحكم . ولكن يرد على ذلك بأن نسبية الحكم لم تمنع الدائنين الذين لم يدخلوا فى الدعوى غير المباشرة من الاستفادة بالحكم الذى يصدر فيها . ويضيف بعض الفقهاء إلى نسبية الحكم أن الدائن فى الدعوى البولصية يرفع الدعوى باسمه ، فى حين أنه يرفعها فى الدعوى غير المباشرة باسم مدينه ، ومن ثم يستفيد هو وحده فى الأولى ويستفيد معه سائر الدائنين فى الثانية . ولكن يرد على ذلك بأن الدائن فى دعوى الصورية يرفع الدعوى باسمه ، ومع ذلك يستفيد من الحكم سائر الدائنين ولو لم يدخلوا فى الدعوى .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٤١ (مطابق) — الليبى م ٢٤٣ (مطابق) — العراقى م ٢٦٦ (مطابق) — اللبنانى م ٢٦٧ (يخالف التقنين المصرى ، فالدائن يستفيد وحده دون سائر الدائنين فى التقنين اللبنانى).

لمجرد أنه بادر إلى رفع الدعوى البولصية قبله . بل لا يكون التقدم إلا لسبب يوجبه قانونا .

أما إذا صدر الحكم ضد الدائن الذى رفع الدعوى البولصية . فإنه لا يكون حجة على دائن آخر استوفى شروط الدعوى . ويستطيع هذا الدائن الآخر أن يرفع الدعوى البولصية باسمه هو . فإذا نجح استفاد من ذلك سائر الدائنين الذين استوفوا شروط الدعوى . حتى الدائن الذى كان قد رفع الدعوى أولا ولم ينجح إذا هو أثبت أنه قد استوفى الشروط (١) .

المطلب الثانى

أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين

٨٧٩ — بقاء التصرف المطعون فيه قائما : قدمنا أن الدعوى البولصية لا تبطل تصرف المدين ، وإنما تجعل هذا التصرف غير نافذ فى حق الدائنين . فيبقى التصرف قائماً نافذ الأثر بين الطرفين . المدين ومن تصرف له (٢) . فإذا كان التصرف بيعا مثلا بقى الشيء المبيع ملكا للمشترى . وبقى المشترى ملتزما بدفع الثمن . وأنتج البيع كل آثاره من التزامات فى جانب كل من المتعاقدين (٣) ، فإذا نفذ الدائن على العين المبيعة واستوفى حقه منها ، فإن الباقى من ثمن العين بعد بيعها فى المزاد يكون ملكا للمشترى لا للبائع . وهذا بالرغم من أن المشترى

---

(١) وبعد نجاح الدعوى البولصية . إذا كانت العين قد هلكت فى يد المشترى أو الموهوب له سيء النية ، كان كل من هذين مسئولا عن هلاكها ، حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبى إذا ثبت أن العين لم تكن تهلك لو بقيت فى يد المدين . أما إذا هلكت فى يد الموهوب له حسن النية ، ثم يرجع الدائن بتعويض عليه حتى لو هلكت العين بخطأه ، لأن تقصير الموهوب له هنا متعلق بهلاك العين لا يمنع الدائن من التنفيذ عليها . كذلك يرد المشترى أو الموهوب له سيء النية الثمار ، قبضها أو لم يقبضها . أما الموهوب له حسن النية فلا يرد الثمار المقبوضة ، إذ يتملكها بالقبض . وإذا بنى حائز العين أو غرس أو أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة أو كمالية ، طبقت الأحكام الخاصة بذلك .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ ص ٢٧١ .

(٣) استئناف وطنى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ١٥ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٤٤ ص ٧٨ .

سيئ النية متواطئ مع البائع[١] . كذلك لو ترتب على البيع أن أخذ العين شفيع . ثم استوفى الدائن حقه من العين المشفوع فيها . رجع ما بقى من العين أو من ثمنها إلى الشفيع . وإذا كان التصرف وقفاً خيريا صدر إضرارا بالدائنين بقيت العين موقوفة بعد أن يستوفى منها الدائن حقه . فإذا بيعت لوفاء هذا الحق وبقى من ثمنها شيء بعد الوفاء . كان الباقى من الثمن وقفاً واشتريت به عين أخرى تحل محل الأولى عن طريق الاستبدال دون حاجة إلى وقفها من جديد . وبقيت الجهة الموقوف عليها وشروط الوقف ونظارته لا تتغير[٢] .

وكما يبقى التصرف قائماً بين الطرفين . فإن أثره ينصرف أيضاً إلى من يمثله هذان الطرفان من خلف عام أو خلف خاص . فورثة المدين لا يرثون الباقى من العين التى تصرف فيها مورثهم بعد تنفيذ الدائن عليها . ويرث ذلك ورثة المتصرف له . وإذا كان تصرف المدين فى العين بالبيع . فإن دعوى الضمان التى نشأت من عقد البيع تنتقل مع العين إلى المشترى من المشترى بالرغم من أنه سيئ النية . وذلك باعتباره خلفاً خاصا للمشترى . أما بالنسبة إلى دائنى المدين — غير الدائن الذى رفع الدعوى البولصية — فقد قدمنا أن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ فى حقهم إذا استوفوا شروط الدعوى البولصية . ويستطيع هؤلاء الدائنون جميعاً أن ينفذوا على العين بحقوقهم ؛ ويقسمون ثمنها بينهم قسمة الغرماء على النحو الذى قدمناه . ولكن دائنى من تصرف له المدين ينفذ أثر التصرف فى حقهم نفاذه فى حق مدينهم . فلهم أن يعتبروا العين مملوكة له . وأن ينفذوا عليها بعد أن يستوفى الدائن الذى رفع الدعوى البولصية ومن يشترك معه من الدائنين حقوقهم . ولهم أن يستعملوا حق مدينهم فى الرجوع على المدين الذى تصرف له .

٨٨٠ — تعارض مبدأ قيام التصرف مع مبدأ عدم نفاذه فى حق الدائن : على أنه لا يمكن تفادى تعارض المبدأين اللذين قدمناهما : قيام التصرف فيما بين الطرفين من جهة . وعدم نفاذ هذا التصرف فى حق الدائن من جهة

---

(١) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ .

أخرى : فلايبقى إذن إلا تطبيق القواعد العامة للتوفيق بين المبدأين .

فإذا كان التصرف بيعا استوفى الدائن حقه من العين المبيعة ، لأن البيع غير نافذ فى حقه . ثم لما كان البيع لايزال قائما فيما بين المشترى والمدين الذى باع له العين ، فإن المشترى يرجع على المدين بضمان الاستحقاق . وله أن يطلب فسخ البيع فيتحلل من التزاماته . ومن ثم يزول التزامه بدفع الثمن بالرغم من تواطؤه مع المدين ، وإذا كان قد دفع الثمن استرده وترقب فى ذلك يسار المدين ، ويرد إلى المدين ما بقى من العين فى يده بعد تنفيذ الدائن(١) .

٨٨١ — مقارنة بين الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة :

تفترق الدعويان فى أن الذى يعالجه الدائن فى الدعوى غير المباشرة هو عمل سلبى من المدين . وما يعالجه فى الدعوى البولصية هو عمل إيجابى ، لذلك كانت الحماية ضد العمل الإيجابى أشد نشاطا . فالدعوى البولصية يرفعها الدائن باسمه لا باسم المدين ويعتبر نفسه فيها من الغير بالنسبة إلى التصرف الذى يطعن فيه ، أما الدعوى غير المباشرة فيرفعها الدائن باسم المدين ويعتبر نفسه نائبا عن المدين فى الحق الذى يستعمله باسمه .

وفى الدعوى البولصية يشترط فى الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء سابقاً على التصرف المطعون فيه . أما فى الدعوى غير المباشرة فيكفى أن يكون حق الدائن موجوداً ولايشترط أن يكون سابقاً على ثبوت حق المدين الذى يستعمله الدائن .

وفى الدعوى البولصية يشترط غش المدين وخلفه إذا كان التصرف معاوضة أما فى الدعوى غير المباشرة فيكفى إهمال المدين فى استعمال حقه بنفسه .

---

(١) وله كذلك أن يرجع على المدين بما استوفاه الدائن ، فقد حصل ذلك من ماله ، فيرجع بدعوى الإثراء بلا سبب شأن كل شخص وفى دينا عن الغير . ويتبين مما قدم أن المشترى له دعويان : دعوى العقد ويرفعها ضد البائع له ، ودعوى الإثراء بلا سبب ويرفعها ضد المدين . فإذا كان البائع هو المدين ، فالمشترى بالخيار فى الرجوع عليه بإحدى الدعويين . ولكن قد يكون البائع غير المدين ، كما إذا كان المدين قد تصرف فى العين لآخر وهذا باعها للمشترى ، فى هذه الحالة تتفرق الدعويان على شخصين مختلفين : دعوى الاستحقاق ترفع ضد البائع ، ودعوى الإثراء بلا سبب ترفع ضد المدين . وللمشترى أن يختار أحد المدينين .

الفرع الثالث

دعوى الصورية

(Action en simulation)

٨٨٢ – مسألتان : نحدد أولا ما هى الصورية ، ثم نبين أحكامها .

المبحث الأول

تحديد الصورية

٨٨٣ – أنواع الصورية : يلجأ المتعاقدان إلى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه لسبب قام عندهما . ومن هنا وجد : (١) العقد الظاهر (apparent) ، وهو العقد الصورى (fictif) . (٢) والعقد المستتر (secret) وهو العقد الحقيقى (réel) ، وتسميه المحاكم المصرية عادة بورقة الضد (contre-lettre) . والصورية قسمان :

(١) صورية مطلقة (simulation absolue) وهى تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة ، وتقتصر الورقة المستترة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صورى لا وجود له . مثل ذلك شخص يريد أن يتوقى من دائنيه أن ينفذوا على شىء يملكه ، فيبيع هذا الشىء بيعا صوريا إلى شخص يتفق معه على ذلك ، ويكتبان بالبيع عقداً ظاهراً ويكتبان فى الوقت ذاته سنداً مستتراً يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له وهذا السند المستتر هو ورقة الضد . وفى هذه الصورة نرى اقتراب الصورية من الدعوى البولصية ، ففى كلتيهما يحاول المدين بغشه أن يضر بحقوق دائنيه ، وفى كلتيهما يعطى القانون سلاحا للدائنين يحاربون به غش المدين . ولكن العقد فى الصورية لا وجود له ، وهو عقد جدى قائم فى الدعوى البولصية .

على أنه قد يكون للصورية المطلقة أغراض أخرى غير الإضرار بحقوق الدائن . فقد يتفق شخص مع آخر ممن يلوذ به على أن يبيعه بيعا صوريا النصاب

المالى المطلوب لمركز يرشح نفسه له . كمركز العضوية فى مجلس نيابى أومركز العمدية أونحو ذلك ، أويبيعه بيعا صوريا مالا يظهره فى مظهرذوى اليسار حتى يتسنى له الانخراط فى جمعية أو شركة تتطلب هذا المظهر أومصاهرة أسرة تقتضى هذا اليسار . يتبين من هذا — ومن الحالات الأخرى للصورية النسبية التى ستأتى — أن الصورية أوسع نطاقا من الدعوى البولصية .

(ب) صورية نسبية (simulation relative) . وهى إما أن تكون بطريق التستر (par voie de déguisement) . أو بطريق المضادة (par voie de contre-lettre) أو بطريق التسخير (par voie d'interposition de personne).

فالصورية بطريق التستر تتناول نوع العقد لا وجوده ، كهبة فى صورة بيع . العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صورى ؛ والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقى . ويكون الغرض من الصورية فى هذه الحالة الهرب من رسمية العقد فيما لو ظهرت الهبة فى ثوبها الحقيقى[1] . وقد يكون الغرض ستر السبب الحقيقى للتصرف . كأن يكتب شخص صكا على نفسه بدين لآخر يقول عنه إنه ثمن لشيء اشتراه وهو فى الحقيقة قرض بربا فاحش . وكأن يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو فى حقيقته وصية .

والصورية بطريق المضادة لاتتناول وجود العقد أونوعه . بل ركنا أو شرطاً فيه . مثل ذلك عقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقى تخففاً من رسوم التسجيل . أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقى توقيا من الأخذ بالشفعة . ويحتفظ المتعاقدان بسند مستتر . هو ورقة الضد . يذكر فيه الثمن على حقيقته .

والصورية بطريق التسخير تتناول شخص أحد المتعاقدين . كأن يهب شخص لآخر مالا يكون الموهوب له المذكور فى العقد ليس هو المقصود بالهبة ، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له ، فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له الحقيقى شخصاً مسخراً (personne interposée)، تكون مهمته أن يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها إلى الموهوب له . فيكون الغرض من الصورية بطريق التسخير عادة التغلب على مانع قانونى يحول دون تمام الصفقة

---

(١) نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦ — ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٥ ص ٥٩٢ .

لشخص معين . وقد أورد التقنين المدنى صورا مختلفة من الصورية بطريق التسخير ، نذكر منها : (١) مانصت عليه المادة ٤٧١ مدنى من أنه « لايجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولاباسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه . إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها . وإلا كان البيع باطلا » . (٢) ومانصت عليه المادة ٤٧٢ مدنى من أنه « لايجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار . وإلا كان العقد باطلا » . وما نصت عليه المادة ٤٨٠ مدنى من أنه « لايجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها . سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار » .

٨٨٤ — شروط تحقق الصورية : ويتبين مما قدمناه أن الصورية لاتتحقق إلا إذا توافرت الشروط الآتية :

١ — أن يوجد عقدان — أو موقفان — اتحد فيهما الطرفان (أو أحدالطرفين على الأقل) والموضوع .

٢ — أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط .

٣ — أن يكونا متعاصرين ، فيصدرا معاً فى وقت واحد[١] .

٤ — أن يكون أحدهما ظاهراً علنيا وهو العقد الصورى ، ويكون الآخر مستتراً سريا وهو العقد الحقيقى[٢] .

---

(١) ولا تشترط المعاصرة المادية ، بل تكفى المعاصرة الذهنية . أى المعاصرة التى دارت فى ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر وإن صدر التصرف المستتر بعد ذلك (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢) .

(٢) وعلى ذلك لا تكون هناك صورية فى عقد جدى تم بين المتعاقدين ، ثم بدا لهما أن يدخلا فيه تعديلا . فإذا اتفق الطرفان على عقد إيجار مثلا ، ثم عدلا العقد فيما يتعلق بالأجرة فخفضاها ، لم يكن هناك عقد صورى وعقد حقيقى ، بل هناك عقدان حقيقيان الأخير منهما يعدل الأول . وقد تقدم القول إن الصورية لا تتحقق إلا إذا كان العقدان متعاصرين . ولاصورية كذلك فى عقد جدى تم بين المتعاقدين ، حتى لو لم يكن ذلك العقد إلا وسيلة للوصول إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقد . فإذا تصرف المدين فى ماله تصرفا جديا حتى يضيع على دائنه فرصة التنفيذ =

٨٨٥ — منطقة الصورية : وأكثر ما تكون الصورية فى العقود ، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون فى التصرف القانونى الصادر من جانب واحد ، بشرط أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص معين ، لأن الصورية نتيجة اتفاق ولا يتصور الاتفاق إلا بين شخصين يتعاملان معاً . فالتنازل عن حق عينى ، أو الإبراء من الدين ، أو إنهاء علاقة قانونية قائمة ، كل هذا يتم بتصرف قانونى من جانب واحد . وقد يكون هذا التصرف صوريا إذا اتفق الطرفان على أن التنازل أو الإبراء أو إنهاء العلاقة القانونية لا يقع وأن الحق العينى أو الدين أو العلاقة القانونية كل هذا يبقى قائماً بالرغم من التصرف الصورى[١] .

وكما تكون الصورية فى العقود والتصرفات يصح أيضاً أن تكون فى الأحكام ، وبخاصة أحكام رسو المزاد التى لا تتعدى مهمة القاضى فيها مجرد استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع ان يظهر أن المزاد قد رسا عليه[٢].

المبحث الثانى

أحكام الصورية

٨٨٦ — نصوص قانونية : تنص المادة ٢٤٤ مدنى على ما يأتى : « ١ — إذا أبرم عقد صورى ، فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى

= عليه ، فتصرف المدين فى هذه الحالة تصرف جدى لا تصرف صورى ، ويطعن فيه بالدعوى البولصية لا بالدعوى الصورية (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٩ ص ٤٢١) .

ولا صورية فى عقد ظاهر نوه فيه بالعقد المستتر ، كما فى البيع مع التقرير بالشراء عن الغير ، لأن شرط الصورية أن يكون هناك عقد مستتر لا يشار إليه فى العقد الظاهر ، بل يبقى سراً بين الطرفين .

(١) أما إذا كان التصرف غير موجه إلى شخص معين ، كوعد بجائزة موجه إلى الجمهور ، فإن الصورية لا تتصور فيه . فإذا كان الواعد غير جاد فى وعده ، لم تكن هناك صورية بل كان هذا اختلافاً بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

(٢) نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٨ ص ٣٩١ .

النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى . كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضربهم . ٢ — وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للاولين ». وتنص المادة ٢٤٥ مدنى على مايأتى : « إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى »(١) .

ويتبين من هذه النصوص أن أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام تختلف عن أحكامها بالنسبة إلى الغير أى الدائنين والخلف الخاص .

المطلب الأول

أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام

٨٨٧ — العقد الظاهر لا وجود له : العقد الظاهر ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، لاوجود له ، فلا يعمل به . وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، ذلك أن المتعاقدين إنما أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فوجب أن يلتزما بما أراداه لا بما لم يريداه .

فإذا باع شخص عينا لآخر بيعا صوريا واحتفظ بورقة الضد ، ففيما بين البائع والمشترى لا وجود للبيع ، ويبقى البائع مالكا للعين ويستطيع أن يبيعها بيعاً جديا بعد ذلك إلى مشتر ثان والمشترى الثانى هو الذى تنتقل اليه الملكية . وليس للمشترى الأول الصورى أن يحتج بعقد البيع الصورى على المشترى الثانى ولو سجل البيع الصورى قبل تسجيل البيع الجدى . كذلك إذا مات البائع ، فالعين الباقية فى ملكه تنتقل بالميراث إلى وارثه الخلف العام ، إذ العبرة بالنسبة إلى الخلف العام أيضاً بالعقد الحقيقى لا بالعقد الصورى .

وعلى النقيض من ذلك لايكون المشترى الصورى مالكا للعين(٢) . وكذلك وارثه لا تنتقل إليه ملكية العين بالميراث .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٤٥ — ٢٤٦ (مطابق) — الليبى م ٢٤٧ — ٢٤٨ (مطابق) — العراقى م ١٤٧ — ١٤٨ (موافق) — اللبنانى م ١٦٠ — ١٦١ (موافق).

(٢) ولكنه إذا تصرف فيها فانتقلت إلى خلف خاص ، كان الخلف الخاص من الغير واستطاع أن يحتج بالعقد الصورى كما سنرى .

٨٨٨ — والعبرة بالعقد الحقيقي : فالذى يعتد به إذن . فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، كما يقول صريح النص فى المادة ٢٤٥ مدنى . إنما هو العقد الحقيقى . وقد رأينا فى المثل السابق أننا اعتددنا بورقة الضد ، وهى التى تعبر عن الموقف الحقيقى ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام . فالبائع الصورى يبقى مالكا للعين وتنتقل منه الملكية إلى وارثه ، والمشترى الصورى لا تنتقل إليه ملكية العين ومن ثم لاتنتقل هذه الملكية إلى وارثه[١] .

٨٨٩ — وجوب إثبات العقد الحقيقي والشروط الواجب توافرها فيه :
وأى من الطرفين أو خلفه العام يريد أن يتمسك بالعقد المستتر فى مواجهة العقد الظاهر يجب عليه هو أن يثبت وجود العقد المستتر وفقاً للقواعد العامة ، فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الالتزام فى العقد المستتر على عشرة جنيهات[٢] ، ما لم يكن هناك غش واحتيال على القانون فيجوز فى هذه الحالة الإثبات بجميع الطرق[٣] . أما إذا لم تزد قيمة الالتزام على عشرة

---

(١) ولما كانت الصورية كثيراً ما تستعمل لخديعة الغير وللتحايل على القانون ، فقد كانت تختلط بالغش ، وكان كلا العقدين الظاهر والمستتر يعتبر باطلا . ولم يميز القضاء الفرنسى بين الغش والصورية إلا فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر ، فاقتصر فى الصورية على منع تحقيق الأغراض غير المشروعة التى يراد الوصول إليها عن طريق الصورية ، واكتفى بذلك دون أن يجاوزه إلى إبطال العقد الحقيقى الذى قصد إليه المتعاقدان .

(٢) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ — ١٦ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٧ ص ٨٦ .

(٣) نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ — أما إذا تم التحايل على القانون دون أن يكون هذا التحايل ضد مصلحة أحد المتعاقدين ، فلا يجوز لأى منهما أن يثبت العقد المستتر إلا وفقاً للقواعد العامة للإثبات ، إذ لا يوجد هنا مايمنع المتعاقدين من كتابة ورقة ضد مادام التحايل لم يوجه ضد مصلحة أى منهما . فلا يجوز للمشترى أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب فى عقد البيع أكبر من الثمن الحقيقى بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أما الشفيع نفسه فيستطيع إثبات الثمن الحقيقى بجميع الطرق (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٦ ص ٣٠٣ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) ، لأنه هو الذى قصد بالتحايل الإضرار به ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية . ولا يجوز للمورث أن يثبت بغير الكتابة أن عقد البيع المكتوب الصادر منه لأحد الورثة حقيقته وصية ، أما الورثة الآخرون فيستطيعون إثبات ذلك بجميع الطرق ، لأن التصرف قد صدر إضرارا بحقوقهم (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ — =

جنيهات ، فإنه يجوز إثبات العقد المستتر بجميع الطرق . إلا إذا كان العقد الظاهر مكتوبا فلا يجوز إثبات عكسه إلا بالكتابة[١] .

فإذا ما ثبت العقد المستتر على النحو الذى بيناه[٢] ، وجب أن تتوافر فى هذا العقد ، حتى يسرى فيما بين المتعاقدين ، جميع الشروط الموضوعية التى يتطلبها القانون . فعقد الهبة المستتر فى صورة البيع مثلا يجب أن يصدر من ذى أهلية للهبة ، وأن تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها . فإذا توافر كل ذلك ، أجريت على العقد أحكام الهبة لا أحكام البيع . فيجوز الرجوع فيه إلا لمانع ، ويعتبر تبرعا لا معاوضة من حيث الدعوى البولصية . أما من حيث الشكل ، فلا يشترط فى العقد المستتر أن تتوافر فيه الشكلية التى قد يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورية . فالهبة فى صورة بيع لا تشترط فيها ورقة رسمية[٣] .

المطلب الثانى

أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير

٨٩٠ – تحديد من هو الغير فى الصورية : الغير هنا – كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ مدنى – هو الخلف الخاص لكل من المتعاقدين والدائنون العاديون لكل منهما :

= ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩) . أما فى التصرفات التى لا تضر بحقوقهم فى الإرث ، فالورثة يحلون محل مورثهم ويتقيدون بطرق الإثبات التى يتقيد بها (نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٥٢٥ – استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٣) .

(١) نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٩ ص ١٩٥ – ١٦ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٧ ص ٨٦ .

(٢) أما إذا لم يثبت ، فالعقد الظاهر هو الذى يعمل به ، ويعتبر عقداً جديا لا صوريا (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٥ – ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢) .

(٣) نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ – ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ ص ٥٧٣ – وإذا أفرغ العقد الظاهر فى ورقة رسمية ، فإنه يجوز مع ذلك أن يحتوى العقد المستتر سند عرفى (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٧٧) .

أولا ــ الخلف الخاص : فكل من كسب حقاً عينيا من أحد المتعاقدين على الشيء محل التصرف الصورى ، سواء كان هذا الحق سابقاً على التصرف الصورى أو تاليا له ، يعتبر من الغير . فلو باع شخص دارا لآخر بيعا صوريا ، فكل من كسب حقاً عينيا على هذه الدار ، قبل البيع أو بعده ، من البائع أو المشترى ، يعتبر من الغير فى البيع الصورى الذى تم . مثل من يكسب الحق العينى من البائع قبل البيع الصورى دائن مرتهن يرهن البائع له الدار ثم يبيعها بعد ذلك بيعا صوريا ، ومثل من يكسب الحق العينى من البائع بعد البيع الصورى مشتر ثان يبيع له البائع الدار بيعا جديا بعد أن باعها بيعا صوريا . فكل من الدائن المرتهن والمشترى بعقد جدى يعتبر غيراً بالنسبة إلى البيع الصورى ، ومن حقه أن يطعن فى هذا البيع بالصورية على النحو الذى سنبينه حتى يسلم له حقه الذى كسبه من البائع[1]. ومثل من يكسب الحق العينى من المشترى بعد صدور التصرف الصورى له مشتر ثان يبيع له المشترى الصورى الدار بيعا جديا بعد أن اشتراها هو بعقد صورى ، أو دائن مرتهن يرهن له المشترى الصورى الدار . فكل من المشترى بعقد جدى والدائن المرتهن يعتبر غيرا بالنسبة إلى البيع الصورى ، ومن حقه أن يتمسك بهذا البيع على النحو الذى سنبينه حتى يسلم له حقه الذى كسبه من المشترى[2] .

---

(١) ويلاحظ أن الدائن المرتهن الذى ارتهن الدار من البائع قبل صدور التصرف الصورى يندر أن تكون له مصلحة فى الطعن بالصورية ، لأن حق رهنه محفوظ حتى لو كان البيع الصورى جديا . ومع ذلك يتفق أن تكون له مصلحة ، كما إذا لم يكن قد قيد الرهن قبل التصرف الصورى ، فله مصلحة فى إسقاط البيع الصورى حتى يستطيع أن يقيد رهنه . وفى بعض القضايا التى عرضت على محكمة الاستئناف المختلطة تبين أن الدائن المرتهن الذى قيد رهنه قبل التصرف الصورى الصادر من مدينه له مصلحة فى الطعن بالصورية ، لأنه كان قد اتخذ إجراءات نزع ملكية العقار المرهون فى مواجهة المدين وحده دون الحائز ، فطعن فى تصرف المدين بالصورية حتى لا يحكم ببطلان هذه الإجراءات (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ – ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٧) . ثم إن الدائن المرتهن الذى قيد رهنه قبل صدور البيع الصورى له أيضاً مصلحة فى الطعن فى البيع بالصورية حتى يتوقى إجراءات التطهير التى يصح أن يتخذها المشترى الصورى لو اعتبر عقده جديا .

(٢) ويلاحظ أن الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشترى بسبب يغاير التصرف الصورى الصادر من البائع إلى المشترى . فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غير البيع الصورى ، والمشترى بعقد جدى من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدى وهو غير =

ثانيا — الدائنون العاديون : فكل دائن عادى لأى من المتعاقدين يعتبر من الغير . فدائن المشترى فى البيع الصورى يعتبر من الغير ، إذ أنه قد اطمأن إلى أن الشيء محل التصرف الصورى قد انتقل إلى المشترى فدخل فى الضمان العام لدائنيه ، وللدائن فى هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الصورى . وكذلك دائن البائع فى البيع الصورى يعتبر من الغير ، ولكن لسبب آخر هو أن الشيء محل التصرف الصورى لم يخرج فى الحقيقة من ملك البائع أى لم يخرج من الضمان العام للدائن . فللدائن فى هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الحقيقى[1] . والدائن العادى يعتبر من الغير سواء كان حقه مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء ، مادام خاليا من النزاع ، شأنه فى ذلك شأن الدائن العادى فى الدعوى غير المباشرة .

= البيع الصورى ، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشترى بعقد جدى من المشترى والدائن الذى ارتهن من المشترى الدار . ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين محل التصرف الصورى بموجب هذا التصرف الصورى نفسه . فلو باع شخص دارا لآخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقى للتخفف من رسوم التسجيل ، فإن الشفيع فى هذه الدار لا يعتبر غيرا بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور فى العقد للأخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقى إذا أثبته أى من البائع أو المشترى . ذلك أن الشفيع إنما كسب حقه بالشفعة ، والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذى ذكر فيه الثمن الصورى ، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصورى ، فلا يعتبر غيراً فى هذا العقد . هذا إلى أنه من الواضح أن الشفيع قد حل محل المشترى فى البيع ، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشترى إذ لم يتلق منه الملكية . وهو فى الوقت ذاته بعد أن حل محل المشترى قد أصبح طرفا مع البائع فى نفس العقد الصورى فلا يصح أن يكون خلفاً خاصا للبائع (انظر عكس ذلك نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١ — ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٦ ص ٣٠٣ — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا كان عقد الاشتراط لمصلحة الغير ما بين المشترط والمتعهد عقداً صوريا ، فإنه يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورية العقد . ذلك أن المنتفع لا يعتبر غيراً فى هذه الصورية حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر ، فهو قد استمد حقه من هذا العقد ، وشرط الغير فى الصورية كما قدمنا ألا يكون حقه الذى تراد حمايته من الصورية مصدره العقد الصورى ذاته .

(١) ويتبين من ذلك أن الدائنين العاديين تارة يعتبرون من الغير فى بعض أوضاع قانونية ، وطوراً لا يعتبرون من الغير فى أوضاع قانونية أخرى . فهم يعتبرون من الغير فى الصورية والدعوى البولصية والقيد (inseriptian) حيث تجب حمايتهم من غش المدين أو حيث يحق لهم أن يطمئنوا إلى المركز الظاهر وأن يتعاملوا على مقتضاه . وهم لا يعتبرون من الغير فيما عدا ذلك من الأوضاع القانونية ، كنسبية أثر العقد وحجية الحكم وثبوت التاريخ والتسجيل (transeription) ، فيسرى فى حقهم أثر العقد وحجية الأمر المقضى والتاريخ غير الثابت والعقد غير المسجل .

وبخلاف الدائن العادى فى الدعوى البولصية حيث يجب أن يكون حقه مستحق الأداء . والدائن العادى للبائع يعتبر من الغير حتى لو كان حقه تاليا للتصرف الصورى ، إذ أن هذا التصرف يبقى صوريا حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعده . ولايزال الشيء محل التصرف الصورى داخلا فى الضمان العام للدائنين سواء من كان منهم سابقاً على التصرف الصورى ومن كان منهم لاحقاً له[1] . وما يقال فى الدائن العادى للبائع يقال فى الدائن العادى للمشترى . فهو من الغير سواء كان حقه تاليا للتصرف الصورى أو سابقاً عليه . فى الحالتين دخل الشيء ظاهراً فى الضمان العام للدائنين[2] . وفى هذا أيضاً يتفق مركز الدائن العادى فى الصورية مع مركزه فى الدعوى غير المباشرة . ويختلف عن مركزه فى الدعوى البولصية .

٨٩١ — للغير أن يتمسك بالعقد المستتر : والأصل هو أن العقد المستتر ، وهو العقد الذى له وجود حقيقى والذى أراده المتعاقدان . هو الذى يسرى . حتى بالنسبة إلى الغير[3]. أما العقد الظاهر فلا وجود له ، فالأصل فيه أنه لايسرى . حتى بالنسبة إلى الغير إلا إذا كانت له مصلحة فى ذلك كما سنرى .

فلدائنى البائع . إذا كان البيع صوريا . أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع[4]. وإذا أثبت دائن البائع صورية البيع . فإنه لايستأثر وحده بالتنفيذ على العين

(١) نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٥ – استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ .

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢١٦ – ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٧٤ – استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ – ١٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ – ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ .

(٣) استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٦ – استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ – حتى لو كان الغير لايعلم بوجود العقد المستتر فى مبدأ الأمر ، واعتقد أن العقد الظاهر هو عقد جدى .

(٤) ولهم أيضاً أن يتمسكوا بأن البيع حقيقته هبة مستترة حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البولصية دون حاجة إلى إثبات الغش .

المبيعة ، بل يشترك معه فى التنفيذ سائر الدائنين . ذلك لأن الدائن إنما حصل على حكم يقرراً أمر واقعاً هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين . وبذلك تبقى فى الضمان العام لكل الدائنين . فلا ينفرد الدائن الذى رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده[1] .

كذلك للخلف الخاص الذى كسب حقه من البائع على العين المبيعة صوريا أن يتمسك بالعقد المستتر . ومصلحته فى ذلك ظاهرة إذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصورى حتى يكون كسبه لهذا الحق صحيحاً . وله مصلحة كذلك فى التمسك بالعقد المستتر حتى لو كسب حقه قبل صدور البيع الصورى . إذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذى يوجبه القانون قبل تسجيل البيع الصورى ، أو حتى إذا كان قد شهر ولكن الخلف الخاص — ونفرضه دائنا مرتهنا — يريد أن يتجنب إجراءات حق التتبع وألا يتحمل حق التطهير . فإذا باع الراهن العين المرهونة بيعا صوريا وكان الدائن المرتهن لم يقيد الرهن قبل تسجيل البيع الصورى ، أو باع المالك العين مرة ثانية بيعا صوريا بعد أن كان قد باعها بيعاً جديا وسجل المشترى الثانى عقده الصورى قبل أن يسجل المشترى الأول عقده الجدى ، فللدائن المرتهن فى الفرض الأول . وللمشترى الأول فى الفرض الثانى ، أن يتمسكا بالعقد المستتر ويطعنا فى العقد الظاهر بالصورية[2] .

ويجوز للغير أن يثبت صورية العقد الظاهر بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن ، حتى لو كانت قيمة الالتزام فى العقد الظاهر تزيد على عشرة

---

(١) والحكم فى صورية العقد حكم فى مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣ — ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٣٨٩ — أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩) — ودعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحد طرفى العقد الصورى أو من الغير ، لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهى حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الطعن بصورية عقد لا يقبل إلا من له مصلحة فيه وفى حدود هذه المصلحة ، فإذا طعن المشترى بالصورية فى عقد صدر من البائع لآخر بأرض تدخل فيها الأرض المبيعة للمشترى الأول ، فلا يقبل الطعن بالصورية إلا فى حدود الأرض المبيعة للمشترى الأول ، وما زاد على هذا القدر لا يقبل الطعن بالصورية (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٣ ص ٢١٥) .

جنيهات ، وحتى لو كان العقد الظاهر مكتوبا . وذلك أن الصورية بالنسبة إلى الغير تعتبر واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، فيجوز إثباتها بجميع الطرق[1] .

٨٩٢ — وللغير أيضاً أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة في ذلك : على أن الغير قد يضره التمسك بالعقد المستتر ، وتكون مصلحته في أن يتمسك بالعقد الظاهر . وهنا تبرز أهم خاصية في الصورية ، وهي الخاصية التي تميزها من غيرها من الأوضاع القانونية ، إذ يجوز للغير أن يتمسك بالعقد

---

(١) نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ – ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦ – ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٥ ص ٥٢٠ – ٣١ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٢ ص ٧٥٩ – ومن القرائن على الصورية وجود علاقة زوجية أو قرابة بين المتعاقدين ، أو أن البائع بقى حائزاً للشيء المبيع ، أو أن المشترى لم يسجل عقد البيع (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٩ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ – ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ – ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١١٧ – ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١) . ولكن ليس من الضرورى أن يكون العقد صوريا بقيام هذه القرائن ، إذ هى قرائن قابلة لإثبات العكس (استئناف وطنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢/٢٧ – استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ – ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) – ومن القرائن على الصورية أن يشترى أب باسم ابنه عينا حارما ابنيه الآخرين ، ولم يثبت أن للابن المشترى مالا خاصا (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ – ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩) ، وأن يصدر البيع بعد بضعة أيام من الحكم على البائع بالدين ويسجل بعد ذلك بمدة طويلة ، ويثبت أن البائع جعل نفسه معسراً بهذا البيع وأن المشترى عالم بذلك (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٣٧) ، وأن يتصرف المدين فى ماله والدائن موشك أن يتخذ إجراءات قضائية قبله (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١) ، وأن يتصرف المدين لأقارب ليس عندهم من المال ما يدفعونه مقابلا لما تصرف فيه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧) .

وقضت محكمة النقض بأن تقدير كفاية أدلة الصورية ، مما يستقل به قاضى الموضوع (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٣٨٩ – أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩ – ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٨ ص ٧٥٠) ، فالحكم بأن ثبوت علاقة الزوجية لا يكفى وحده لإثبات الصورية هو حكم فى مسألة موضوعية (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨ ص ٦٤) ، وكذلك الحكم بعدم كفاية قيام علاقة البنوة لإثبات الصورية (نقض مدنى ٢٣ يونيه سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٨ ص ٤٣٢) .

الظاهر إذا كانت له مصلحة في ذلك[1] . لأن هذا العقد قد خلق مظهراً اطمأن إليه . ومن ثم يكون لدائن المشتري في البيع الصوري أن يتمسك بالعقد الظاهر حتى يتمكن من التنفيذ على العين التي اعتبرت بالنسبة إليه داخلة في ملك المشتري بموجب العقد الظاهر . ولو كان حق هذا الدائن ثابتا في ذمة المشتري قبل صدور البيع الصوري كما سبق القول . ولا يستأثر دائن المشتري بالتنفيذ على العين . بل يشترك معه في ذلك سائر دائني المشتري ، لنفس الأسباب التي قدمناها في دائن البائع . كذلك للخلف الخاص الذي كسب حقه من المشتري أن يتمسك بالعقد الظاهر . فإذا باع المشتري الصوري العين بيعا جديا إلى مشتر ثان كان لهذا المشتري الثاني أن يتمسك بالعقد الظاهر وأن يعتبر أن ملكية العين قد انتقلت إليه من مالك .

ولما كان أساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو كما قدمنا اطمئنانه إلى هذا العقد . فإنه يجب لتمسكه به أن يكون حسن النية ، أي لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري ، بل اعتقد أنه عقد جدي واطمأن إليه وبنى عليه تعامله[2] . ويكفي أن يجهل صورية العقد وقت تعامله ، حتى لو علم بها بعد ذلك[3] . والمفروض أن الغير حسن النية لا علم له بالعقد المستتر . وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبت مايدعيه . ولما كان العلم بالعقد المستتر واقعة مادية ، فإنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن[4] .

---

(١) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ .

(٢) نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٥ ص ٥٢٠ .

(٣) فإذا كان دائناً شخصياً للمشتري وكان التصرف الصوري سابقاً على حقه ، وجب أن يكون وقت أن أصبح دائنا للمشتري قد اعتقد أن التصرف الصوري الذي سبق حقه إنما هو تصرف جدي وقد اطمأن إليه على هذا الاعتبار . وكذلك الحال لو انتقل إليه حق عيني بعد صدور التصرف الصوري . فيجب وقت انتقال الحق العيني اليه أن يكون معتقداً جدية التصرف الصوري . أما إذا كان حق الغير سابقاً على التصرف الصوري . فإن حسن النية المطلوب منه هو أن يكون قد اعتقد وقت علمه بصدور التصرف الصوري أن هذا التصرف جدي فاطمأن اليه على هذا الاعتبار .

(٤) وشهر العقد المستتر قرينة على العلم به (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٦ ص ١٠٦٣) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا في مصلحته ، ولا يجوز أن يحاج بورقة غير مسجلة تفيد التقايل من الصفقة متى كان لايعلم بصورية عقد تمليك البائع له ، ولو كان مؤشراً بمضمونها على هامش تسجيل=

٨٩٣ — التعارض بين غير يتمسك بالعقد الظاهر وغير يتمسك بالعقد المستتر : ولما كان الغير له أن يتمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر وفقاً لمصلحته ، فإنه يقع كثيراً أن يقوم نزاع فيما بين الأغيار لتعارض المصلحة . ويكفي أن نفرض في بيع صوري أن يكون للبائع دائن وللمشتري دائن. فدائن البائع مصلحته أن يتمسك بالعقد المستتر . ودائن المشتري مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر . ولا يمكن أن نأخذ بالعقدين معاً ، فلابد إذن من تغليب إحدى المصلحتين . فإما أن نحرص على احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فتغلب مصلحة دائن البائع أو من كسب حقاً عينيا من البائع ونأخذ بالعقد المستتر ، أو نعني بثبات التعامل واستقراره فتغلب مصلحة دائن المشتري أو من كسب حقاً من المشتري ونأخذ بالعقد الظاهر . ولم يكن في التقنين المدني السابق نص في هذه المسألة فانقسمت الآراء . بعض يأخذ بالعقد المستتر (١) . والغالبية تأخذ بالعقد الظاهر (٢) .

وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف . فنصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ مدني كما رأينا على أنه « إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن . فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » . وبذلك أيد التقنين المدني الجديد الرأي الذي ذهبت إليه الغالبية . لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل . ويترتب على ذلك أن دائن المشتري في البيع الصوري يفضل على دائن البائع ، فيتقدم هو دون دائن البائع بالتنفيذ على العين المبيعة صوريا ، متمسكاً بالعقد الظاهر إذ هو في مصلحته . ويمتنع على دائن البائع أن ينفذ على هذه العين وأن يتمسك بالعقد المستتر (٣) . ويترتب على ذلك

= العقد الظاهر . لأن ذلك التأشير لا يؤدي إلا إلى إثبات تاريخها وإثبات التاريخ ليس فيه شهر للورقة حتى يحتج به على الغير ، بل تعتبر كما كانت قبل التأشير باقية في طي الكتمان والخفاء (نقض مدني ٢٠ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥١ ص ٣٧٦) .

(١) استئناف وطني ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣ — استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ — ٩ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ .

(٣) ويلاحظ أنه لو كان البيع الصوري بيعاً جديا لأمكن لدائن البائع أن يطعن فيه بالدعوى =

أيضاً أن من كسب حقاً عينيا من المشترى الظاهر يفضل على من كسب حقاً عينيا من البائع الظاهر . فلو أن البائع بعد أن صدر منه البيع الصورى باع مرة أخرى بيعاً جديا لمشتر آخر وسجل هذا المشترى عقده . ثم باع المشترى الظاهر بعد ذلك العقار بيعاً جديا لمشتر ثان . فإن المشترى من المشترى يفضل على المشترى من البائع بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل عقده أولا .

٨٩٤ — مقارنة دعوى الصورية بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة : نقارن أولا دعوى الصورية بالدعوى البولصية . والفرق بينهما واضح . ففى دعوى الصورية لايتصرف المدين فى ماله تصرفاً جديا . أما فى الدعوى البولصية فالتصرف جدى . ودعوى الصورية يرفعها الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة ولو كان أحد المتعاقدين . أما الدعوى البولصية فلا يرفعها إلا الدائن . ويشترط فيه أن يكون حقه مستحق الأداء سابقاً على التصرف المطعون فيه . ولايشترط شيء من ذلك فى الدائن فى دعوى الصورية . ولايشترط إعسار المدين فى دعوى الصورية . ويشترط إعساره فى الدعوى البولصية[1] .

ونقارن بعد ذلك دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة . ونفرض أن مدينا باع عينا مملوكة له بيعا صوريا . فدائن البائع يستطيع أن يطعن فى العقد بالصورية ، ولايشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء أو أن يكون سابقاً على التصرف الصورى . وإذا نجح فى دعواه استفاد منه جميع الدائنين . ويستطيع الدائن أيضاً ، بدلا من الطعن بالصورية ، أن يستعمل حق مدينه البائع فى التمسك بالعقد المستتر ، فيصل إلى نفس النتيجة التى يصل إليها من وراء الطعن بالصورية ، وهو فى ذلك أيضاً لايشترط فيه أن يكون حقه مستحق

= البولصية فيفضل على دائن المشترى فى استيفاء حقه من العين ، فكيف يكون حق دائن البائع على مدينه عند تصرف المدين فى هذا المال تصرفاً صورياً أقل نفاذاً من حقه على هذا المال عند تصرف المدين فيه تصرفاً جدياً ! هذا الاعتراض وجيه من ناحية المبدأ . ولكن من الناحية العملية يجوز لدائن البائع فى هذه الحالة أن يتخلى عن الطعن بالصورية فى العقد الظاهر ويعتبره عقداً جدياً . فيستطيع الطعن فيه بالدعوى البولصية ، وبذلك لايسرى فى حقه تصرف صورى كان لا يسرى لو أنه كان جديا .

(١) ولا تسقط دعوى الصورية بالتقادم ، أما الدعوى البولصية فتسقط بالتقادم .

الأداء ولا سابقاً على التصرف الصورى ، كما أن التمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين . غير أنه إذا طعن فى العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه هو فيستطيع إثبات الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير ، أما فى الدعوى غير المباشرة وهى ترفع باسم المدين فيجب الإثبات بالكتابة فيما جاوزت قيمته عشرة جنيهات أو فيما لا يجاوز هذه القيمة إذا كان العقد الظاهر مكتوبا . وإذا طعن الدائن بالصورية فليس فى حاجة إلى إثبات إعسار المدين ، أما فى الدعوى غير المباشرة فيجب إثبات إعساره . ويتبين من ذلك أن الدائن يفضل الطعن بالصورية ، فهى من الوجهين المتقدمين خير له .

الفرع الرابع

الحق فى الحبس

(Droit de rétention)

٨٩٥ – تكييف الحق فى الحبس : جعل التقنين المدنى الجديد من الحق فى الحبس نظرية عامة تنبسط على جميع نواحى القانون ، ولا تنحصر فى حالات معينة متناثرة فى النصوص المتفرقة[١] . ذلك أن الحق فى الحبس يقوم فى أساسه على مبدأ عام : هو أن الدائن إذا كان مدينا فى الوقت ذاته لمدينه ، فمن حقه بقدر الإمكان أن يستوفى الدين الذى له من الدين الذى عليه . وهذا المبدأ يقوم على اعتبارات تمليها بداهة المنطق ومقتضيات العدالة ، وتمتد فى جذورها إلى أعماق التاريخ[٢] .

---

(١) وقد كان الحق فى الحبس فى التقنين المدنى السابق حقاً عينيا مذكوراً على سبيل الحصر ، وكانت حالاته تتناثر فى نصوص متفرقة : انظر المواد ٥/٩ و٩٢/١٤٦ و٥٥٤/٦٧٨ و٦٠٥/٧٣١ من هذا التقنين – وقد حاول الفقه المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق أن يشكك فى عينية الحق فى الحبس ، وأن يقول بفكرة أن الحق فى الحبس ليس إلا دفعا بعدم التنفيذ ، فهو ليس بحق عينى ولا بحق شخصى . ولكن صراحة النصوص فى التقنين المدنى السابق كانت قاطعة فى أن التقنين يعتبر الحبس حقاً عينيا . فلم تكن هذه المحاولات الفقهية إلا بمثابة إرهاصات تؤذن بما يكون عليه المستقبل ، وقد دفعت فعلا عند تنقيح التقنين المدنى إلى الرجوع بالحق فى الحبس إلى طبيعته الحقيقية من أنه دفع وليس بحق : فسار على هذا المنهج التقنين المدنى الجديد .

(٢) ويرجع الحق فى الحبس إلى عهد القانون الرومانى . فقد كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه ، إذا أنفق مالا فى حفظها أو فى تحسينها ، وأراد المالك أن يسترد العين ، أعطى=

ونجد تطبيق هذا المبدأ كاملا فى المقاصة القانونية . فحيث يكون الدائن مدينا لمدينه ، وتوافر فى الدينين صفات معينة بأن يكونا خاليين من النزاع وحاليين ومن جنس واحد ، فكل دائن منهما يستوفى الدين الذى له من الدين الذى عليه ، فيقال إن الدينين قد انقضيا قصاصا بقدر الأقل منهما .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ بعد ذلك فى العقود الملزمة للجانبين . فلكل من المتعاقدين أن يقف الوفاء بالدين الذى عليه ، حتى يستوفى الدين الذى له ، وهذه قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة . فالحافظ

= البريطور الرومانى للحائز دفعا بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه فى حفظ العين وفى تحسينها . وكذلك أعطى هذا الدفع بالغش فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة ، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة وكان له الحق فى استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوماً ضمنا فى العقود الملزمة للجانبين – إذ هى كلها عقود تنطوى على حسن النية (contrats de bonne foi) – وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما سمى بعد ذلك فى القانون الفرنسى القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) . فنشأ الحق فى الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد كان إذن واحداً فى القانون الرومانى ، كلاهما يقوم على دفع بالغش . ولكن العلاقة فيما بينهما انفصمت فى عصور القانون الفرنسى القديم ، عندما اختفى الدفع بعدم تنفيذ العقد وراء فسخ العقد ، والتصق الحق فى الحبس بالأعيان المادية وأصبح يعتبر حقاً عينيا . وهذه الصورة الأخيرة هى التى انتقلت إلى التقنين المدنى الفرنسى .

ولم يضع التقنين المدنى الفرنسى نظرية عامة لا للحق فى الحبس ولا للدفع بعدم تنفيذ العقد ، واقتصر – مسايراً فى ذلك الحالة التى كان عليها القانون الفرنسى القديم – على إيراد تطبيقات معينة ضمنها بعض نصوص متناثرة . وبقى الفقه الفرنسى طوال القرن التاسع عشر يعالج الموضوع على أساس أن للحبس حالات معينة مذكورة على سبيل الحصر ، وليست له نظرية عامة . وفى مفتتح القرن العشرين نقل سالى عن التقنين المدنى الألمانى النظرية العامة للدفع بعدم تنفيذ العقد ، فكان ذلك حافزاً للفقه الفرنسى أن يجعل من الحبس نظرية عامة ، وأن ينكر على الحق فى الحبس أنه حق عينى إذ هو يفقد المقومات الأساسية للحقوق العينية . فليس ينطوى على حق فى التقدم إذ الحبس لا يكسب امتيازاً للدائن الحابس على غيره من الدائنين ، ولا على حق فى التتبع لأن الحابس إذا تخلى عن حيازة العين المحبوسة فقد حقه فى الحبس ولا يستطيع استردادها ، ولا هو يخضع لإجراءات الشهر . ومنذ أنكر على الحق فى الحبس أنه حق عينى ، كان الرأى الراجح فى القانون الفرنسى أن هذا الحق ليس مقصوراً على الحالات التى نص عليها التشريع ، وليست هذه الحالات مذكورة على سبيل الحصر ، بل يجوز أن يمتد الحق فى الحبس إلى حالات مماثلة عن طريق القياس ، بعد استخلاص قاعدة عامة ترد إليها جميع حقوق ...

الوديعة أن يقف تنفيذ التزامه من رد الوديعة إلى المودع ، حتى يستوفى ما فى ذمة المودع من مصروفات أنفقت فى حفظ الوديعة ومن تعويض عما عسى أن تكون الوديعة قد أحدثت من الضرر.

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ حتى لولم تقم علاقة تعاقدية بين الطرفين ، مادامت هناك رابطة تربط العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله (rapport de connexité) كالحائز يحبس العين حتى يسترد من المالك المصروفات الضرورية ومصروفات التحسين (١) .

ويتبين من هذا التحليل طبيعة الحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد . فليس هو بالحق العينى . ولا بالحق الشخصى . بل هو حق المدين فى أن يقف الوفاء بدينه حتى يستوفى الدين الذى له فى ذمة دائنه . فهو دفع بعدم التنفيذ، يدخل تحت الدفع بعدم تنفيذ العقد الذى يعتبر فرعا عنه . وهو بمثابة ضمان خاص أعطاه التقنين المدنى الجديد لكل دائن يكون مدينا فى الوقت ذاته لمدينه . فيحبس الدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له . ومن ثم نقل الحق فى الحبس من المكان الذى كان له فى التقنين المدنى السابق ضمن الحقوق العينية إلى المكان الذى له الآن فى التقنين المدنى الجديد ، فأدرج ضمن مايكفل حقوق الدائنين من وسائل ضمان . إذ هو إحدى وسائل الضمان فى هذه الحالة الخاصة . وكما أن الدائن فى الدعوى غير المباشرة يتوثق للتنفيذ بحقه حقاً أهمله

---

(١) بل إن هناك ميلا عند بعض الفقهاء للذهاب إلى مدى أبعد من هذا ، وإعطاء الحق فى الحبس للدائن مادام مدينا لمدينه ، حتى لو لم توجد أية رابطة ما بين الدينين . فالتقابل بين الدينين، لا الرابطة بينهما ، هو الذى نقف عنده لإعطاء الحق فى الحبس . ويتحقق هذا الوضع الآن عملا ، لا عن طريق الحق فى الحبس ، بل عن طريقين آخرين : (أولا) عن طريق المقاصة القضائية ، فيدفع المدين دعوى دائنه عن طريق دعوى فرعية يرفعها على الدائن يطالب فيها بدين له فى ذمة دائنه، ولو لم يوجد أى ارتباط ما بين الدينين . فإذا كان المدين محقاً فى دعواه الفرعية، أجرى القاضى مقاصة قضائية بين الدينين . (ثانيا) عن طريق حجز الدائن تحت يد نفسه ، فللدائن إذا كان فى الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يحجز هذا الدين الذى عليه لمدينه تحت يد نفسه ، ولو لم يكن بين الدينين أدنى ارتباط . وإذا حكم القاضى بصحة الحجز ، أجرى المقاصة بين الدينين . فما يصل إليه الشخص الآن عن طريق المقاصة القضائية وعن طريق الحجز تحت يد نفسه يمكن ، إذا تطور الفكر القانونى، أن يصل إليه عن طريق الحق فى الحبس ، إذا بلغ هذا الحق فى تطوره مداه الأخير ، وأصبح يثبت فى أى دينين متقابلين من غير أن تقوم بينهما آية رابطة .

المدين ، وفى الدعوى البولصية حقاً نقله المدين للغير غشاً ، وفى دعوى الصورية حقاً تظاهر المدين بنقله للغير . كذلك الدائن فى الحبس يتوثق للتنفيذ بحقه حقاً للمدين ترتب فى ذمته هو .

وهناك أهمية عملية كبيرة فى هذا التحوير الذى أتى به التقنين المدنى الجديد . وانتقل بموجبه الحق فى الحبس من حق عينى كما كان فى التقنين المدنى السابق إلى دفع بعدم التنفيذ . وتتبين هذه الأهمية من الوجوه الآتية : (١) أصبح الحق فى الحبس غير مذكور على سبيل الحصر . إذ هو دفع وليس بحق عينى . (٢) زالت بالتكييف الجديد صعوبات كانت قائمة فى عهد التقنين المدنى السابق ، فقد كان هذا التقنين يعتبر الحق فى الحبس حقاً عينيا كما قدمنا . ومع ذلك فإن حق التقدم وحق التتبع المصاحبين دائما للحقوق العينية لا يظهران فى وضوح مصاحبين لهذا الحق العينى . (٣) انتهت بالتكييف الجديد مشكلة إجراءات الشهر ، فقد كان واجبا إذا كيف الحق فى الحبس بأنه حق عينى أن يكون خاضعاً للشهر ، أما الآن فهو دفع لا حق عينى ومن ثم لا يخضع لهذه الإجراءات .

فالتكييف الصحيح للحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد إذن هو أنه دفع بعدم التنفيذ ، يخول للدائن الذى يكون فى الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يقف الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له . ويقوم ذلك على اعتبارات ترجع إلى مقتضيات العدالة وبداهة المنطق القانونى[١] .

ونبحث الحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد . وفقاً للخطة التى سار عليها هذا التقنين . من الوجوه الآتية : (١) نشوء الحق فى الحبس . (٢) الآثار التى تترتب على الحق فى الحبس . (٣) انقضاء الحق فى الحبس .

المبحث الأول

نشوء الحق فى الحبس

٨٩٦ — نص قانونى : تنص المادة ٢٤٦ مدنى على ما يأتى : « ١ — لكل

---

(١) ومن أجل أن الحق فى الحبس دفع وليس حقاً ، سماه التقنين المدنى الجديد « الحق فى الحبس » ، ولم يسمه « حق الحبس » .

من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . ٢ – ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة . فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ماهو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع »(١).

ويتبين من هذا النص أن للحق فى الحبس شروطاً إذا توافرت نشأ هذا الدفع ، وأن له تطبيقات متنوعة لايمكن ذكرها على سبيل الحصر . فنبسط هذه الشروط ، ثم نستعرض بعض التطبيقات .

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها لنشوء الحق فى الحبس

٨٩٧ – شرطان لنشوء الحق فى الحبس : لا تحصر حالات الحق فى الحبس ، ولكن تحصر الشروط التى إذا هى توافرت تنشئ الحق فى الحبس . ويمكن من الرجوع إلى نص المادة ٢٤٦ مدنى سالف الذكر حصر هذه الشروط فى شرطين اثنين : (أولا) أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن للآخر ، ومن ثم يكون هناك دينان متقابلان ، دين فى ذمة الأول للثانى ودين مقابل له فى ذمة الثانى للأول . (ثانيا) أن يكون هناك ارتباط ما بين الدينين :

٨٩٨ – الشرط الأول – دينان متقابلان : يجب أولا أن يكون هناك شخص مدين للآخر ، وثانيا أن يكون هذا الآخر مدينا هو أيضاً للاول ، فيقف الأول الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له :

(أ) أما الدين الذى فى ذمة الشخص الأول – وهو المحل الذى يقع عليه الحبس – فيصح أن يكون متعلقاً بعين معينة بالذات ، كدار باعها صاحبها فأصبح مدينا بتسليمها للمشترى ، فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم حتى يستوفى

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٤٧ (مطابق) – الليبى م ٢٤٩ (مطابق) – العراقى م ٢٨٠ – ٢٨٢ (موافق) – اللبنانى م ٢٧١ – ٢٧٢ (موافق) .

الثمن(١) . ويصح أيضاً أن يكون الدين محله شيء غير معين بالذات . نقوداً أو أشياء مثلية . كما لو اشترى شخص شيئاً فيقف دفع الثمن للبائع حتى يقوم البائع بتسليمه الشيء المبيع . بل يصح أن يكون محل الدين عملا أو امتناعا عن عمل . فالمقاول يستطيع ألا يبدأ العمل حتى يستوفى ما اتفق مع رب العمل على أن يعجله له من الأجر . وصاحب الأرض الذى تعهد ألا يمنع جاره من المرور فى أرضه . فى مقابل جعل معين . يستطيع أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يستوفى جعله(٢).

ولا يشترط فى الدين محل الحبس أن يكون مصدره عقداً . فقد يكون مصدره عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصا فى القانون . فإذا تصادمت سيارتان وأصبح صاحب كل سيارة مدينا بالتعويض لصاحب السيارة الأخرى ، ولم تتوافر شروط المقاصة القانونية فى الدينين بأن كان أحدهما غير مقدر مثلا . جاز لمن كان الدين الذى عليه مقدراً أن يحبس هذا الدين حتى يستوفى حقه بعد أن يتم تقديره . فالدين المحبوس هنا مصدره العمل غير المشروع . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ مدنى على أنه « إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه..». ففى هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بتسليم المنشآت بعد إزالتها إلى صاحبها

---

(١) وقد يكون الشيء مملوكاً للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه للمدين . فالمؤجر له أن يحبس العين المؤجرة – وهى ملكه – ولكنه التزم بتسليمها للمستأجر – حتى يستوفى الأجرة .

(٢) على أنه لا يصح أن يكون محل الدين ملكاً عاما – استأجره شخص مثلا وأنفق عليه ويريد حبسه حتى يستوفى ما أنفق – وذلك أن حبس الملك العام يفوت المصلحة العامة التى أعد لها هذا الملك . كما لا يصح أن يكون محل الدين شيئاً غير قابل للحجز عليه فى الدين المقابل ، فلا يحبس هذا الشيء عن صاحبه إلا بقدر ما يكون قابلا للحجز عليه فى هذا الدين . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٨٨ مرافعات من أنه لا يجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع . فلا يجوز لرب العمل بعد أن استحق العامل أجره أن يحبس أكثر من ربع هذا الأجر عنه حتى يستوفى منه التزاما ترتب فى ذمته له . وقد اختلف فى جواز حبس العين الموقوفة . ولكن الراجح الجواز لأن الحبس حق موقت ولا يؤدى إلى بيع العين المحبوسة فلا يتنافى مع طبيعة الوقف ولا يفوت معه الغرض من الوقف (استئناف أسيوط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ١٥٥ ص ٢٧٨)

ومصدر التزامه الإثراء بلاسبب . ويلتزم صاحب المنشآت أن يزيلها على نفقته وأن يدفع تعويضاً عن الضرر الذى أحدثه لصاحب الأرض ومصدر التزامه العمل غير المشروع . فيستطيع صاحب الأرض أن يحبس المنشآت بعد إزالتها، حتى يستوفى من صاحبها نفقة الإزالة والتعويض المستحق. ونصت المادة ٩٢٨ مدنى على أنه « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة . جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء . وذلك فى نظير تعويض عادل » . ففى هذا الفرض يلتزم صاحب الأرض بأن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء . وهذا التزام مصدره نص فى القانون، وذلك فى نظير تعويض عادل يلتزم بدفعه صاحب البناء لصاحب الأرض . ولصاحب الأرض أن يقف تنفيذ التزامه القانونى — من اتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل ملكية الجزء من الأرض المشغول بالبناء إلى صاحب البناء — حتى يستوفى منه التعويض العادل .

على أن هناك استثناء واحداً ورد فى آخر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ مدنى سالفة الذكر . فإن هذا النص يجعل لحائز الشيء حق حبسه حتى يسترد المصروفات الضرورية أو النافعة التى أنفقها على هذا الشيء « إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » . فالتزام الحائز برد الشيء قد يكون مصدره العقد . فيجوز حبسه . وذلك كالتزام المستأجر برد العين المؤجرة عند نهاية الإيجار فيحبس العين حتى يسترد ما أنفق عليها . وقد يكون مصدره رد غير المستحق . فيجوز أيضاً الحبس . وذلك كالتزام من تسلم عينا من غير حق بردها إلى صاحبها فله أن حبسها حتى يسترد ما أنفقه عليها . وقد يكون مصدره العمل غير المشروع . وهنا لا يجوز الحبس ؛ وذلك كما إذا اغتصب الحائز العين من صاحبها أو سرقها منه أو وجدها ضائعة فاستولى عليها فإنه لا يجوز له أن يحبسها حتى يستوفى ما أنفق عليها مادام قد حازها بعمل غير مشروع ، بل يجب عليه تسليمها فوراً إلى صاحبها ثم يرجع عليه بعد ذلك بما أنفق[1] .

---

(١) لكن إذا حاز الشخص عينا مسروقة أو ضائعة دون أن يكون هو الذى سرقها أو عثر عليها ، لم يكن التزامه برد العين إلى صاحبها مصدره عمل غير مشروع ، ومن ثم جاز له أن يقف تنفيذ الالتزام بالرد حتى يستوفى ما أنفق من المصروفات .

(ب) أما الدين الآخر المقابل للأول . والذى يحبس من أجله الدين الأول حتى يستوفى هو . فيجب أن يكون دينا مدنيا حالا لم يتم تنفيذه . فإذا كان ديناً طبيعيا لم يجز الحبس من أجله . وإلا كان فى هذا جبر على تنفيذ الالتزام الطبيعى . وإن كان غير حال . فلا محل لحبس الدين الأول إلى حين استيفاء الدين الثانى مادام استيفاء هذا الدين الثانى وقت الحبس ليس بواجب[1]. ويبقى الحق فى الحبس حتى لو نفذ الدين الآخر تنفيذاً جزئياً[2] أو تنفيذاً معيبا[3]. والدين الآخر كالدين الأول يصح أن يكون محله عينا أو دينا أو عملا أو امتناعا عن عمل ، ويصح أن يكون مصدره عقداً أو عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصاً فى القانون[4] .

٨٩٩ — الشرط الثانى — قيام الارتباط ما بين الدينين : ولا يكفى أن يكون هناك دينان متقابلان على النحو الذى بسطناه . بل يجب أيضاً أن يقوم

---

(١) فإذا كان الدين مؤجلا أو معلقاً على شرط واقف ، لم يجز الحبس من أجله . وإذا كان الدين غير محقق الوجود بل وقع فيه نزاع جدى ، فإنه لا يخول الحق فى الحبس ، ومن ثم لا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يستوفى من المؤجر تعويضاً يدعى أنه يستحقه إذا كانت دعوى التعويض لم يبت فيها القضاء . ولكن لا يشترط أن يكون الدين مقدراً . فيثبت الحق فى الحبس إلى أن يتم تقدير الدين والوفاء به . ويجوز للقاضى أن يحدد أجلا يقوم الدائن فيه بتقدير حقه حتى لا يطول أمد الحبس . كما يجوز للقاضى أن يقدر قيمة الحق مؤقتا فينتهى الحبس إذا أودعت هذه القيمة المؤقتة خزانة المحكمة (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢) .

(٢) نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٥ ص ١٠٠٠ .

(٣) والقاضى تقدير العيب فى التنفيذ أو تقدير ما بقى من الالتزام دون تنفيذ . للبت فيما إذا كان هذا يبرر استبقاء الدائن الحق فى الحبس .

(٤) وإذا كان الاتفاق أو العرف يقضى بأن يكون تنفيذ الدين الآخر تاليا لتنفيذ الدين الأول ، لم يجز حبس الدين الأول إلى أن يتم تنفيذ الدين الآخر . فإذا كان المستأجر ملتزما بدفع الأجرة مقدما قبل أن يتسلم العين المؤجرة ، لم يجز له أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين . ولكن لا يمنع الدائن من استعمال حقه فى الحبس أن يكون المدين قد منح أجلا قضائيا . فإن هذا الأجل قد منح للمدين ترفقاً به فلا يصح أن يكون سبباً فى إسقاط حق دائنه فى الحبس . وكذلك الحكم إذا كان الدائن هو الذى تبرع بالأجل . فالمفروض أنه لم يرد بمنحه المدين أجلا أن ينزل عن حقه فى الحبس .

ولا يصح أن يكون الدين الآخر المحبوس من أجله سابقاً على حيازة الشىء المحبوس . لأن الحق فى الحبس يتوقف على سبق قيام الحيازة .

ارتباط (lien de connexité) ما بين هذين الدينين. والارتباط نوعان: ارتباط قانونى (connexité juridique) وارتباط مادى (connexité matérielle).

فالارتباط القانونى هو الذى ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية ما بين الدينين، سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية. وأبرز صورة للارتباط القانونى ما بين التزامين متبادلين تتمثل فى العقد الملزم للجانبين. فإذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع هو أيضاً عن تنفيذ التزامه. وهذا هو الحق فى الحبس فى صورة الدفع بعدم تنفيذ العقد. ويبقى الارتباط قانونياً حتى لو فسخ العقد أو أبطل وأصبح واجبا على كل من المتعاقدين أن يرد للآخر ما أخذه منه. فكل من هذين الالتزامين مرتبط بالالتزام الآخر ارتباطا تبادليا وإن لم تكن العلاقة بعد انحلال العقد علاقة تعاقدية. وينبنى على ذلك أن كلا من الطرفين له أن يمتنع عن رد ما أخذه من الآخر، حتى يسترد منه ما أعطاه. وقد يقوم الارتباط القانونى على غير عقد أصلا. ففى الفضالة التزامات الفضولى والتزامات رب العمل هى التزامات متبادلة، ومن ثم قام الارتباط القانونى فيما بينها. ويجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى التزامات الطرف الآخر[١].

والارتباط المادى ينشأ، لا عن علاقة تبادلية بين الدينين، بل عن واقعة مادية هى أن الشىء المحبوس قد نشأ بمناسبته ومرتبطاً به (à l'occasion et en connexité) الدين الآخر. فى عقد الوديعة يلتزم حافظ الوديعة بردها إلى المودع. وقد يترتب فى ذمة المودع التزام برد ما أنفق حافظ الوديعة عليها من المصروفات أو بتعويض ما أصاب حافظ الوديعة من الضرر بسبب الوديعة، وهذا الالتزام الأخير قد نشأ بمناسبة الشىء المودع ونشأ مرتبطاً به. ومن ثم يستطيع حافظ الوديعة أن يحبس التزامه برد الوديعة، حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض من المودع[٢]. والحائز للشىء، حتى إذا لم تكن بينه وبين

---

(١) وعلاقة الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور بعد انتهاء الحجر من شأنها أن توجد ارتباطا قانونيا لا يقوم على عقد أصلا. فيكون على الولى أو الوصى أو القيم أن يرد للمحجور ما تحت يده من ماله على أن يسترد ما أنفق من مصروفات. ومن ثم يجوز له حبس المال حتى يسترد ما أنفق.

(٢) أما المصروفات التى لا تنفق على ذات الشىء المودع فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبطاً بالتزام المودع لديه برد الوديعة، فلا يسوغ للمودع لديه أن يمتنع عن رد الوديعة عند طلبها بحجة اقتضاء مثل هذه المصروفات. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا كان الدين الذى اعتبر =

المالك أية علاقة غير الحيازة . ملزم برد الشيء الذى فى حيازته إلى المالك . وقد يصبح دائناً للمالك بمناسبة هذا الشيء بالمصروفات التى أنفقها عليه أو بالتعويض عن الضرر الذى أصابه منه . ومن هنا وجد الارتباط المادى بين الدينين . فحق الحائز قد نجم عن الشيء ذاته الذى يجب عليه رده (debitum cum re junctum) . ومن ثم جاز له أن يحبس هذا الشيء حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض .

٩٠٠ — كيف يستعمل الدائن الحق فى الحبس عند توافر شرطيه : واستعمال الدائن الحق فى الحبس. عند توافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما . لا يقتضى إعذارا ولا الحصول على ترخيص من القضاء . بل إن الدائن يقف تنفيذ التزامه نحو مدينه فعلا حتى يستوفى حقه . فإذا قاضاه مدينه وضع الأمر كله تحت نظر القضاء . ويغلب أن يحكم على الدائن بتنفيذ التزامه نحو المدين بشرط أن ينفذ المدين التزامه نحوه . وإذا تعذرت معرفة من هو البادئ فى عدم التنفيذ . جاز للقاضى أن يحكم على كل منهما بإيداع ما التزم به فى خزانة المحكمة أو عند أمين(١) .

المطلب الثانى

تطبيقات على الحق فى الحبس

٩٠١ — تطبيقات منصوص عليها فى القانون وتطبيقات غير منصوص عليها : بعد أن وضع التقنين المدنى الجديد قاعدة عامة للحق فى الحبس على

= الحكم المطعون فيه أن للطاعن الحق فى حبس السيارة حتى يستوفيه يتمثل فى قيمة أجرة السائق التى قام المطعون عليه بدفعها عن المودع وبتكليف منه . فإن هذه الأجرة لا تدخل فى نطاق المصروفات التى تجيز للمودع لديه حق الحبس لاستيفائها (نقض مدنى ٢٧ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣٣ ص ٩٥٦) .

(١) على أنه لا يجوز للدائن أن يتعسف فى استعمال حقه فى الحبس . فلا يصح له أن يحبس لمدينه ديناً خاليا من النزاع مستحق الأداء ، حتى يستوفى منه دينا لا يزال محل نزاع بينهما . ومن ثم لا يجوز لشركة النور أن تقطع التيار عن المشترك ، حتى يقوم بدفع زيادة فى الاشتراك هى محل تقاض بينهما ولم ينته القضاء من الفصل فيها .

النحو الذى بسطناه . اجتزأ بهذه القاعدة عن التبسط فى إيراد تطبيقات لهذا الدفع . ومع ذلك فقد أورد بعض تطبيقات فى نصوص متفرقة نستعرضها هنا ، ثم ننتقل إلى تطبيقات غير منصوص عليها بعد أن أصبح الحق فى الحبس قاعدة عامة لا تحتاج تطبيقاته إلى نصوص خاصة .

وفى كل طائفة من هذه التطبيقات – المنصوص عليها وغير المنصوص – نميز بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى ، وأخرى تقوم على الارتباط المادى .

١ § – تطبيقات منصوص عليها فى القانون

٩٠٢ – تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى : أهم النصوص التى وردت تطبيقاً للحق فى الحبس هو النص الذى يقرر مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد ، فليس هذا المبدأ إلا تطبيقاً من تطبيقات الحق فى الحبس كما سبق القول . وقد نصت المادة ١٦١ مدنى على أنه « فى العقد الملزم للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به » .

وتطبيقاً لهذا المبدأ وردت نصوص فى حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (م٤٥٩ مدنى) . وفى حق المشترى فى حبس الثمن حتى ينقطع التعرض له فى المبيع أو يزول خطر هذا التعرض أو يتقاضى المشترى حقه فى ضمان العيب (م ٤٥٧ مدنى) . وفى حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة إذا انتقلت ملكية العين لغير المؤجر ولم يكن الإيجار نافذاً فى حق هذا الأخير وذلك حتى يتقاضى المستأجر التعويض المستحق له إما من المؤجر أو ممن انتقلت إليه ملكية العين (م ٦٠٥ مدنى)[1] .

٩٠٣ – تطبيقات تقوم على الارتباط المادى : نصت الفقرة الثانية

---

(١) انظر فى تطبيق آخر فى عقد الإيجار المادة ٦٠٨ مدنى : والدينان المتقابلان هما دين المؤجر فى إعطاء تعويض للمستأجر لإنهاء عقد الإيجار قبل انقضاء مدته لحدوث ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار مرهقاً للمؤجر ، ودين المستأجر فى رد العين إلى المؤجر . فللمستأجر أن يحبس العين حتى يستوفى حقه فى التعويض ، أو حتى يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا الحق .

من المادة ٢٤٦ مدنى . كما رأينا . على ما يأتى : « ويكون ذلك (أى الامتناع عن الوفاء) بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه . إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة . فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له . إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » . وهذا هو التطبيق الرئيسى للحق فى الحبس القائم على الارتباط المادى . والحائز . إذا أنفق مصروفات ضرورية على العين . كان له أن يستردها جميعا من المالك (م ٩٨٠ / ١ مدنى) . وإذا أنفق مصروفات نافعة . فإن كان حسن النية . كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين : مقدار هذه المصروفات أو الزيادة فى ثمن العين بسببها (م ٩٢٥ / ١ مدنى) . وإن كان سيء النية . كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين : الزيادة فى ثمن العين بسبب المصروفات أو قيمة ما استحدث فى العين مستحق الإزالة (م ٩٢٤ / ١ مدنى)[١] . ففى جميع الأحوال يكون هناك دينان متقابلان : (١) دين على المالك للحائز هو رد قيمة من القيم سالفة الذكر فى نظير ما أنفقه الحائز من مصروفات على العين . (٢) دين على الحائز للمالك هو رد العين إليه . فيجوز إذن للحائز أن يحبس العين . حتى يسترد المصروفات على النحو الذى تقدم ذكره[٢] .

ونصت المادة ٨٦٠ مدنى على أنه : « ١ — إذا انهدم البناء . وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله . فإذا امتنع . جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل . إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه . ٢ — وفى الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته . ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه » . وهذه حالة تقوم على فكرة أن المصروفات التى أنفقت كانت ضرورية . لا فى حفظ الشيء . بل فيما هو أبعد مدى من ذلك : فى إنشاء الشيء مرة أخرى . فإذا انهدم البناء . وجب أن يبدأ صاحب

---

(١) وإذا كانت المصروفات كمالية ، واختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة (م ٩٨٠ مدنى) جاز للحائز أن يحبس العين حتى يستوفى من المالك حقه .

(٢) وقد قام خلاف فى عهد التقنين المدنى السابق فيما إذا كان الحائز سيء النية له الحق فى حبس العين . فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف ، إذ أعطى الحق فى الحبس للحائز مطلقاً ، حسن النية كان أو سيء النية ، إلا إذا كانت حيازته مصدرها عمل غير مشروع .

السفل فى إعادة بناء سفله حتى يتمكن صاحب العلو من إعادة بناء علوه . فإذا امتنع صاحب السفل من إعادة بناء سفله . وطلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل ، جاز له أن يفعل ذلك على نفقة صاحب السفل . وله أن يحبس السفل حتى يسترد ما أنفق(١).

§ ٢ — تطبيقات غير منصوص عليها فى القانون

٩٠٤ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى : فى عقد الإيجار ، وهو عقد ملزم للجانبين ، إذا لم يستوف المؤجر الأجرة الحالة كان له أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفيها . كذلك للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين المؤجرة إذا لم يكن مشترطا تعجيل الأجرة قبل تسليم العين . وكل هذا تطبيق لمبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد ، أى للحق فى الحبس ، لم يرد فيه نص . وليس فى حاجة إليه .

وفى عقد الهبة بعوض ، يجوز لكل من المتعاقدين ، دون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس الالتزام الذى فى يده — الشىء الموهوب أو العوض — حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما فى ذمته من التزام .

وفى عقد المقاولة هناك التزامان متقابلان : التزام المقاول بتسليم العمل ، والتزام رب العمل بدفع الأجرة . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحق فى الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفى حقه من المتعاقد الآخر .

وفى عقد الوكالة على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق . ويكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً . وليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه ، وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة

---

(١) ويلاحظ أن الحق فى الحبس هنا قد يقترن ، بإذن من القاضى ، بأن ينتفع الحابس بالعين المحبوسة ، أو بأن يستغلها حتى يستوفى حقه من ثمرتها . وهذا استثناء من القواعد العامة للحبس ، كما سنرى ، تبرره ظروف الحالة التى نحن بصددها .

من وقت أن يعذر . فهذه التزامات متقابلة . فيجوز إذن . تطبيقاً لقاعدة الحق فى الحبس ودون حاجة إلى نص خاص . لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه من المتعاقد الآخر .

ونصت المادة ١٤٢ مدنى على أنه « ١ — فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل . ٢ — ومع ذلك لايلزم ناقص الأهلية . إذا أبطل العقد لنقص أهليته . أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » . ونصت المادة ١٦٠ مدنى على أنه « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض » . فى جميع هذه الأحوال تكون هناك التزامات متقابلة ارتبط بعضها ببعض . وقد نشأت عن انحلال الرابطة التعاقدية إما بالإبطال أو بالفسخ . فوجب على كل من الطرفين أن يرد للطرف الآخر ما أخذه منه بسبب تنفيذ العقد . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين . تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص . أن يحبس ما فى يده للطرف الآخر حتى يسترد ماله فى يد هذا الطرف .

ونصت المادة ١٩٣ مدنى على أن « يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة . وتقديم حساب عما قام به » . ونصت المادة ١٩٥ مدنى على أن « يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل . متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولولم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه . وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها . وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا إليها فوائدها من وقت دفعها . وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولايستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » . ويتبين من ذلك أن هناك التزامات متقابلة ما بين الفضولى ورب العمل قد ارتبط بعضها ببعض . ونشأت كلها من علاقة تبادلية غير تعاقدية . فيجوز لكل من الطرفين . تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص . أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه من الطرف الآخر .

٩٠٥ — تطبيقات تقوم على الارتباط المادى : تقضى المادتان ٦٣٧ و٦٤٢ مدنى بأن المستعير يلتزم برد العارية عند انتهاء العقد ، وعلى المعير أن يعوض المستعير عن المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة وعن العيوب الخفية إذا تعمد المعير إخفاء العيب أو ضمن سلامة الشيء المعار منه . فيجوز إذن للمستعير ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العارية حتى يستوفى ما فى ذمة المعير بسبب المصروفات أو بسبب العيوب الخفية .

وتقضى المادتان ٧٢٢ و٧٢٥ مدنى بأن حافظ الوديعة يلتزم برد الوديعة ، وعلى المودع أن يعوض حافظ الوديعة عن المصروفات وعما لحق هذا من خسارة بسبب الوديعة . فيجوز إذن لحافظ الوديعة ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المودعة حتى يسترد المصروفات ويتقاضى التعويض .

وتقضى المادة ٩٧٧ مدنى بأن من يشترى بحسن نية شيئاً مسروقاً أو ضائعاً فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله لا يلزم برد الشيء إلى مالكه ، إلا إذا طلبه المالك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ورد للمشترى الثمن الذى دفعه . فيجوز إذن للمشترى ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس الشيء عن المالك حتى يسترد منه الثمن .

وتقضى المادة ٩٨٩ مدنى بأن التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة فى العين المنتفع بها تكون على المالك لا على المنتفع ، فإذا قام المنتفع بها كان له استرداد أصل ما أنفقه عند انتهاء حق الانتفاع . فيجوز إذن للمنتفع ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المنتفع بها حتى يستوفى حقه من المالك .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على الحق فى الحبس

٩٠٦ — نص قانونى : تنص المادة ٢٤٧ مدنى على ما يأتى : «١ – مجرد الحق فى حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه . ٢ – وعلى الحابس أن يحافظ

على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة . وعليه أن يقدم حسابا عن غلته .
٣ – وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف . فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه »[1] .

وهذا النص . وكذلك النص التالى الذى يبين أسباب انقضاء الحبس . إنما يعرضان للحالة التى تحبس فيها عين معينة بالذات فى دين مرتبط بها ارتباطا قانونيا . أو ارتباطا ماديا . أما إذا كان الشيء المحبوس ليس عينا معينة بالذات ، فقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد هى التى تسرى . وقد سبق بيانها . ونقتصر هنا على الحالة التى يكون فيها الشيء المحبوس عينا معينة بالذات . فالحابس للعين . بموجب حبسه لها . تتقرر له حقوق وتترتب عليه واجبات . نتولى الآن بسطها .

المطلب الأول

حقوق الحابس للعين

٩٠٧ – علاقة حابس العين بمالكها : متى توافرت الشروط اللازمة لنشوء الحق فى الحبس . أصبح للدائن الحق فى حبس هذه العين عن مالكها . فلا يستطيع هذا أن يطالب الحائز برد العين حتى يقوم بوفاء ما فى ذمته من الدين للحائز . وتبقى العين محبوسة فى يد الحائز حتى يستوفى هذا كل حقه . فلو أن المالك وفى الحائز جزءاً من الدين فإن الحائز يبقى حابسا للعين كلها حتى يستوفى الباقى بأكمله . لأن الحق فى الحبس غير قابل للتجزئة[2]. وما ذكرناه فى حق المالك يسرى فى حق ورثته . فللحائز حبس العين فى مواجهة ورثة المالك حتى يستوفى كل حقه. وكذلك ينتقل الحق فى الحبس من الحائز إلى ورثته . فلو مات

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٤٨ (مطابق) – الليبى م ٢٥٠ (مطابق) – العراقى م ٢٨٣ (موافق) – اللبنانى م ٢٧٤ (موافق).

(٢) نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٨ ص ١٠٢٦– على أنه يجب على الحائز ألا يتعسف فى استعمال حقه فى الحبس . فلو أن الباقى من المدين كان جزءاً قليلا تافهاً . كان من التعسف أن يبقى حابسا للعين كلها فى هذا الجزء التافه ، ووجب عليه أن يرد العين لمالكها مع مطالبته بالباقى من الدين .

الحائز كان لورثته حبس العين إلى أن يستوفوا حقهم الذى انتقل إليهم من مورثهم.

على أن حبس العين على النحو المتقدم لا يجعل للحابس حق امتياز عليها ، فإذا نفذ الحابس على العين المحبوسة بحقه فإنما ينفذ عليها كدائن عادى ، ويفقد حقه فى الحبس . ويزاحمه سائر الدائنين فى الثمن[١] . ولكن إذا بقى الحائز حابسا للعين ولم ينفذ عليها ، فإن حقه فى الحبس يبقى قائما . حتى لو باع المالك العين لآخر أو نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على العين فباعها جبراً لمن رسا عليه المزاد . فنى جميع هذه الأحوال يبقى حق الحائز فى حبس العين قائما فى مواجهة المشترى من المالك أو فى مواجهة الراسى عليه المزاد كما سيأتى ، ولا يبقى إلا توفية الحابس حقه كاملا إذا لم يكن هو الذى نفذ على العين ، وينتهى الحق فى الحبس على هذا النحو إلى النتيجة الفعلية التى ينتهى إليها حق الامتياز[٢] .

وإذا كانت العين المحبوسة تنتج غلة أو ثمرات . فليس للحائز إلا حبسها ، وليس له حق امتياز عليها ، شأنها فى ذلك شأن العين نفسها[٣] . فإذا باع الحابس الغلة للتنفيذ عليها فقد حقه فى حبسها ، كما رأيناه يفقد هذا الحق إذا ما نفذ على العين[٤] .

---

(١) وهو متى أقدم على بيع العين فى دينه فقد نزل عن حقه فى الحبس . لأنه لا يستطيع وهو الذى طلب البيع أن يمتنع عن تسليم العين لمن رسا عليه المزاد ، ولا يبقى أمامه إلا الثمن الذى رسا به المزاد يستوفى منه . هو وسائر الدائنين كما قدمنا ، الحق الذى له (استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤) .

(٢) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ (وقد سبقت الإشارة إليه) – استئناف مختلط ٣٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ .

(٣) ويختلف المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة إلى الثمرات ، عن الحابس . فالمرتهن يستثمر العين المرهونة استثماراً كاملا ، وما يحصل عليه من صافى الريع يخصم من الدين المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشىء وفى الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين (م ١١٠٤ مدنى) .

(٤) ولكن إذا كانت الغلة معرضة للتلف ، جاز للحائز استئذان القاضى فى بيعها ويقوم ثمنها مقامها فيبقى حابسا له حتى يستوفى حقه ، وذلك قياسا على بيع العين نفسها إذا تعرضت للتلف كما سيأتى. ويتبين من ذلك أن هناك فرقاً بين أن يبيع الحابس الثمرات استيفاء لحقه وفى هذه الحالة يقاسمه الدائنون مقاسمة الغرماء . وبين أن يبيع الثمرات بإذن من القاضى لأنها معرضة للتلف وفى هذه الحالة يبقى حابسا للثمن الذى يقوم مقام الثمرات . فإذا ما نفذ على الثمن وهو محبوس فى يده زاحمه الغرماء .

٩٠٨ — علاقة حابس العين بالغير : نريد بالغير هنا الدائنين العاديين للمالك وخلفه الخاص .

فلو أن دائناً عاديا للمالك — أيا كان تاريخ دينه وسواء كان متأخراً عن تاريخ ثبوت الحق فى الحبس أو متقدما على هذا التاريخ — أراد أن ينفذ بحقه على العين المحبوسة ، فباع العين جبراً ، فإن الحائز يستبقى حقه فى الحبس فى مواجهة هذا الدائن وفى مواجهة المشترى الراسى عليه المزاد إلى أن يستوفى حقه كاملا[١] .

والخلف الخاص للمالك هو كل من انتقلت إليه ملكية العين المحبوسة من المالك ، أو انتقل إليه منه حق عينى على العين المحبوسة . ذلك أن الحبس لا يعطل حق المالك فى التصرف فى ملكه ، فله أن يبيع العين وهى محبوسة فى يد الحائز ، وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية . فإذا كانت العين المحبوسة عقاراً ، فإن المشترى من المالك والدائن المرتهن وصاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية يجب أن يشهروا حقوقهم . فإن كانوا شهروا حقوقهم قبل أن يثبت للحائز الحق فى حبس العين ، لم يسر هذا الحق فى مواجهتهم ، ولا يستطيع الحائز إذن أن يحبس عنهم العين . وإن كانوا قد شهروا حقوقهم بعد أن ثبت للحائز الحق فى حبس العين[٢] ، فإن هذه الحقوق العينية لا تسرى فى حق الحابس ، ويستطيع هذا أن يتمسك بحقه فى الحبس فى مواجهة المشترى أو الدائن المرتهن أو أى صاحب حق عينى آخر . أما إذا كانت العين المحبوسة منقولا ، فإن الحق فى الحبس يسرى فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس . ويسرى كذلك فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية قبل الحبس إذا كان الحابس حسن النية أى لا علم له بهذه الحقوق . لأن الحبس يتضمن الحيازة والحيازة بحسن نية فى المنقول لها هذا الأثر .

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ (وقد سبقت الإشارة إليه) . ولو كان غير ذلك لفقد الحق فى الحبس أهميته ، إذ كان أى دائن للمالك يستطيع أن يبيع العين جبراً فيفقد الحابس حقه فى الحبس .

(٢) ولا يشترط أن يكون السند المنشىء للحق فى حبس العقار مسجلا (عكس ذلك فى عهد التقنين المدنى القديم استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨) .

بقى أن يكون سبب الحبس هو إنفاق مصروفات على العين . فى هذه الحالة وحدها يسرى الحق فى الحبس على الخلف الخاص دائماً . سواء كانت العين المحبوسة منقولا أو عقاراً . وسواء كان حق الخلف الخاص قد شهر بعد ثبوت الحق فى الحبس أو قبل ذلك إن كانت العين عقاراً . ذلك أن إنفاق المصروفات على العين قد أفادها فى ذاتها . فأفاد تبعا لذلك كل من يطالب باستردادها ولو كان حقه ثابتا قبل إنفاق هذه المصروفات . ويصدق ذلك على المنقول . حتى لو كان الحابس سيئ النية .

المطلب الثانى

واجبات الحابس للعين

٩٠٩ — واجبات ثلاثة : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ مدنى تقول : « وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة . وعليه أن يقدم حسابا عن غلته » . فهناك إذن واجبان على الحابس : المحافظة على العين المحبوسة . وتقديم حساب عن غلتها . يضاف إلى هذين الواجبين واجب ثالث . هو رد العين المحبوسة إلى صاحبها عند انقضاء الحق فى الحبس .

٩١٠ — المحافظة على العين المحبوسة : يلتزم الحابس بالمحافظة على العين المحبوسة وفقا لأحكام رهن الحيازة . وأحكام رهن الحيازة فى هذه المسألة مبسوطة فى المادة ١١٠٣ مدنى ، وهى تنص على أنه « إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه » . فالمرتهن حيازة ملتزم بالمحافظة على العين المرهونة ، والتزامه هذا هو التزام ببذل عناية ، ومقدار العناية المطلوبة منه هو عناية الشخص المعتاد ، وهذا كما نرى معيار موضوعى لا ذاتى[1] .

---

(١) ثم إنه ملتزم برد العين المرهونة عند انقضاء الرهن ، والتزامه هذا — على النقيض من التزامه بالمحافظة على العين — هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية . ومن ثم فهو مسئول ، إذا لم يرد العين المرهونة ، عن التعويض ، ما لم يثبت أن عدم الرد يرجع إلى سبب أجنبى .

ومصدر هذا الالتزام هو القانون . وقد رتب القانون الالتزام على واقعة مادية هي حبس العين . فلو كانت العين المحبوسة سيارة أو دارا ، وكان الحابس معروفاً بالإهمال وترك السيارة دون صيانة حتى تلف بعض أجهزتها ، أو ترك الدار دون ترميم حتى تخرب بعض أجزائها ، كان مسئولا عن التعويض . ولا يدفع عنه المسئولية أن يثبت أنه كان يفعل ذلك فيما هو مملوك له . ذلك أن مقدار العناية المطلوب منه هو عناية الرجل المعتاد لا عنايته الشخصية ، والرجل المعتاد لا يأتي مثل هذا الإهمال . فإذا بذل عناية الرجل المعتاد برئت ذمته من المسئولية . حتى لو تعيبت العين في يده وثبت أن الحابس يبذل في المحافظة على ماله عناية أكبر من عناية الرجل المعتاد وأنه لو بذل مثل هذه العناية في المحافظة على العين المحبوسة لما تعيبت . فليس يطلب منه أكثر من عناية الرجل المعتاد . ارتفعت هذه العناية أو انخفضت عن عنايته الشخصية بحفظ ماله[١] .

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ مدني على إجراء خاص يتخذه الحابس ، وهو متفرع عن التزامه بالمحافظة على العين المحبوسة . فقضت كما رأينا بأنه « إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف . فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه » . فلو أن العين المحبوسة كانت مأكولا أو مشروبا مما يسرع إليه التلف . فمن مصلحة الحابس محافظة على ضمانه أن يستأذن في بيعها ، وكذلك من مصلحة المالك محافظة على ملكه أن يطلب بيعها . لذلك نرى — قياسا على ماجاء في المادة ١١١٩ المشار إليها في النص — أن لكل من الحائز والمالك أن يطلب بيع العين المحبوسة في هذه الحالة[٢] . وإجراءات البيع هي المذكورة في المادة ١١١٩ في رهن المنقول رهن حيازة إذا خيف على الشيء المرهون الهلاك أو التلف[٣] . ولا يفقد الحابس حقه في

---

(١) وعبء الإثبات يقع أولا على المالك ، فعليه أن يثبت أن العين قد تعيبت . فتقوم قرينة قضائية على أن الحابس لم يقم بالتزامه من المحافظة على الشيء . فإذا أراد الحابس أن يدحض هذه القرينة ، فعليه أن يثبت أنه بذل في المحافظة على الشيء عناية الرجل المعتاد .

(٢) بل إن الحائز يجب عليه ، إذا أيقن أن العين تهلك أو تتلف لو احتفظ بها ، أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات البيع ، وإلا كان مقصراً في المحافظة على الشيء . فإن هذا الإجراء هو ما يبادر إليه الرجل المعتاد في المحافظة على ماله .

(٣) وتجرى هذه المادة على الوجه الآتي : « ١ – إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك =

الحبس . ولكن ينتقل هذا الحق من الشيء إلى ثمنه . وهذا معناه أن الثمن يحل حلولا عينيا محل العين المحبوسة ، وهذه حالة من حالات الحلول العيني نص عليها القانون . ويعين القاضي الجهة التي يودع فيها الثمن ، فقد تكون خزانة المحكمة ، وقد تكون جهة الحابس نفسه ، وقد يودع الثمن عند أمين .

٩١١ — تقديم الحساب عن الغلة : الحابس ، خلافاً للدائن المرتهن رهن حيازة ، ليس له أن يستولى على الثمرات يخصمها من الدين ، بل كل ماله هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفى حقه . وقد يبيعها إذا خشي عليها الهلاك أو التلف ويحبس الثمن كما سبق القول . فالعين إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة ، كأرض تزرع أو دار تسكن أو أوراق مالية تنتج أرباحا ، فعلى الحابس أن يستمر في زراعة الأرض ، وسكنى الدار أو إيجارها ، وقبض أرباح الأوراق المالية ، وما إلى ذلك . وعليه أن يقدم حسابا عن هذه الغلة إلى المالك عند انقضاء الحق في الحبس ، فيرد له العين وغلتها بعد أن يستنزل المصروفات التي أنفقها . أما إذا كانت العين لا تنتج غلة ، كسيارة أو ساعة أو أثاث أو نحو ذلك ، فلا يلتزم الحابس باستغلالها ، بل يبقيها عنده دون استغلال مع المحافظة عليها وصيانتها على النحو الذي قدمناه .

٩١٢ — رد العين المحبوسة : ويلتزم الحابس أخيراً برد العين المحبوسة للمالك عند انقضاء الحق في الحبس . وهذا الالتزام يختلف مصدره باختلاف العلاقة السابقة فيما بين الحابس والمالك . فقد يكون مصدره العقد ، كما في حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن . وقد يكون مصدره غير العقد ، كما إذا حاز شخص أرضا مملوكة للغير وبنى عليها أوغرس ثم حبسها حتى يستوفى حقه في التعويض ، فهو بعد استيفائه حقه ملزم برد الأرض إلى صاحبها ومصدر الالتزام هنا هو الإثراء بلا سبب(١).

= أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق . ٢ – ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه » . والإذن يكون أمرا على عريضة ، تتبع فيه الإجراءات المقررة في مثل هذه الأوامر .

(١) وأيا كانت علاقة المالك بالحابس، فإن المالك يستطيع دائماً ، باعتباره مالكا ، أن =

ونرى من ذلك أن التزام الحابس برد العين بعد انقضاء الحق فى الحبس لا يرجع إلى الحبس ذاته ، بل يرجع إلى العلاقة القانونية التى كانت تربطه بالدائن قبل الحبس . ومن هنا نتبين الفرق بين الحبس ورهن الحيازة . ففى رهن الحيازة يلتزم الدائن المرتهن برد العين المرهونة بموجب عقد الرهن ذاته ، ويكون مسئولا عن الهلاك والتلف إلا إذا أثبت السبب الأجنبى ، إذ أن التزام المرتهن برد العين المرهونة التزام بتحقيق غاية مصدره العقد. أما الحابس فيرجع التزامه بالرد إلى العلاقة التى كانت بينه وبين المالك قبل الحبس ، وهذه العلاقة هى التى تحدد مدى الالتزام بالرد ، ومن يحمل تبعة الهلاك ، وما إلى ذلك . ومن ثم لا يكون هناك محل لتطبيق أحكام رهن الحيازة فى التزام الحابس بالرد .

المبحث الثالث

انقضاء الحق فى الحبس

٩١٣ — الانقضاء بطريق تبعى والانقضاء بطريق أصلى : تنص المادة ٢٤٨ مدنى على ما يأتى : « ١ — ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشىء من يد حائزه أو محرزه . ٢ — ومع ذلك يجوز لحابس الشىء إذا خرج الشىء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشىء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه »(١) .

ويعرض هذا النص لأحد أسباب انقضاء الحق فى الحبس ، وهو خروج العين من يد الحابس ، لتنظيمه تنظيما خاصاً . وإذا استعرضنا جميع أسباب الانقضاء ، أمكن تقسيمها إلى قسمين : انقضاء الحق فى الحبس بطريق تبعى ، وانقضائه بطريق أصلى .

٩١٤ — انقضاء الحق فى الحبس بطريق تبعى : إذا انقضى حق الحابس

= يرفع على الحابس بعد انقضاء الحق فى الحبس دعوى عينية باستحقاق العين .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٤٩ (مطابق) — الليبى م ٢٥١ (مطابق) — العراقى م ٢٨٤ (مطابق) — اللبنانى م ٢٧٣ (موافق) .

فى ذمة المالك ، انقضى الحق فى الحبس تبعا لذلك . وهذا هو الانقضاء بطريق تبعي . مثل ذلك أن يستوفى الحابس المصروفات التى أنفقها على العين المحبوسة ، فلا يعود هناك محل لبقاء العين محبوسة فى يده ، ويجب أن يردها للمالك .

وينقضى حق الحابس فى ذمة المالك بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام . فقد ينقضى بالوفاء . وهذا هو السبب المألوف . وينقضى أيضاً بما يقوم مقام الوفاء . كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة . وينقضى أخيراً من غير وفاء أصلا ، كما إذا أبرأ الحابس المالك أو سقط الحق من جراء استحالة تنفيذه لسبب أجنبي . ويلاحظ أن الحق الذى للحابس فى ذمة المالك لا يتقادم ما دامت العين محبوسة فيه ، إذ حبس العين يقطع التقادم . والحق فى الحبس نفسه لا يزول بالتقادم . لأن الحبس حالة مادية مستمرة لا يتصور فيها التقادم . ومن ثم لا يمكن انقضاء الحق فى الحبس بالتقادم ، لا بتقادمه هو ولا بتقادم الحق المضمون به .

٩١٥ — **انقضاء الحق فى الحبس بطريق أصلى** : وقد ينقضى الحق فى الحبس وحده — دون الحق المضمون به — بطريق أصلى . ويتحقق ذلك فى الأحوال الآتية :

١ — تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس : فقد جاء فى آخر الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ مدنى أن الحبس يكون جائزاً « ما دام الدائن (أى مالك العين) لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » . وذلك أن الغرض من الحق فى الحبس هو تأمين الحابس على حقه فى ذمة المالك . فإذا استطاع المالك أن يقدم له تأميناً آخر كافيا — كفالة أو رهنا أو نحو ذلك — لم يعد هناك مقتض للاستمرار فى حبس العين . والقاضى هو الذى يبت فيما إذا كان التأمين الذى يقدمه المالك كافيا عند الخلاف فى ذلك .

٢ — إخلال الحائز بالتزامه من المحافظة على العين المحبوسة : وقد قدمنا أن الحابس يلتزم بالمحافظة على العين ، وعليه أن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد. فإذا أخل بهذا الالتزام ، جاز للمالك أن يطالب من القضاء إسقاط حقه فى الحبس لتعسفه فى استعمال هذا الحق . وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة .

٣ — هلاك العين المحبوسة : وإذا هلكت العين المحبوسة ، انقضى الحق فى الحبس لانعدام المحل . والهلاك إما أن يكون بخطأ الحابس وفى هذه الحالة

يكون مسئولا عن التعويض ، أو أن يكون بسبب أجنبي وفي هذه الحالة تهلك العين على مالكها حتى لو كان الحابس ملتزما بموجب عقد أن يسلمها للمالك . وقد طبقت المادة ٤٦٠ مدنى هذا الحكم ، فنصت على أنه « إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى . ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » .

٤ — نزول الحابس عن حقه فى الحبس — خروج العين طوعا من يده : وقد ينزل الحابس عن حقه فى الحبس قبل أن يستوفى ما له فى ذمة المالك ، فيزول هذا الحق بطريق أصلى . وأكثر ما يتحقق ذلك بأن يتخلى الحابس عن حيازة العين المحبوسة طوعا ، فيزول حقه فى الحبس ولا يستطيع أن يسترد حيازة العين بعد ذلك(١) .

وإذا كان خروج الشيء من يد الحابس طوعا يستخلص منه نزول ضمنى عن حقه فى الحبس ، فإن خروج الشيء من يده خفية أو عنوة أو بالرغم من معارضته لا يمكن أن يفهم منه أنه نزل عن هذا الحق . سواء كان من استولى على العين هو المالك أو أجنبي . فالحابس إذن فى هذه الحالة أن يسترد حيازة العين بشرط أن يطالب ردها فى أقصر الأجلين : إما قبل انقضاء ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج العين من يده ، أو قبل انقضاء سنة من وقت خروج العين من يده(٢) .

---

(١) نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٤ ص ٨٦٥ . ويتحقق ذلك فى صورة عملية بأن ينفذ الحابس على العين المحبوسة بحقه ، ويجب عليه فى هذه الحالة عند رسو المزاد على مشتر أن يسلمه العين ، لأن فى التنفيذ عليها من جانبه نزولا ضمنيا منه عن حقه فى الحبس (انظر آنفاً فقرة ٩٠٧ فى الهامش) .

(٢) واسترداد الحيازة على هذا النحو جائز ، حتى لو أن من اختلس الحيازة أو اغتصبها نقلها بعد ذلك إلى حائز حسن النية ، إذ أن الحيازة ولو بحسن نية لا تجب سرقة الضمان (vol de gage). ويجب أن يسترد الحابس الحيازة القديمة التى فقدها حتى يعود إليه الحق فى الحبس ، أما إذا رجعت له حيازة العين بسبب جديد ، فإن حقه الأول فى الحبس يكون قد زال ، وتولد له حق جديد بهذا السبب الجديد . فلو أن شخصاً اشترى سيارة بثمن حال ، وتسلمها قبل أن يسدد الثمن ، فإن بائع السيارة يكون قد نزل بذلك عن حقه فى حبس السيارة . فإذا أعاد المشترى السيارة للبائع لإصلاحها ودفع له مصروفات الإصلاح ، لم يجز للبائع حبس السيارة فى الثمن الذى لم يدفع لأنه نزل عن هذا الحق ، ولا فى مصروفات الإصلاح لأنها قد دفعت . ولو أن شخصاً عهد إلى آخر بإصلاح سيارة . =

ويلاحظ أنه إذا خرجت الحيازة من يد الحابس خفية أوعنوة أو بالرغم من معارضته ، فإن الحق فى الحبس يزول موقتاً مادام الحائز لم يسترد الحيازة فعلا على النحو الذى أوضحناه . فإذا استرد الحيازة فى الميعاد ، عاد إليه الحق فى الحبس . وإن انقضى الميعاد دون أن يستردها ، زال نهائياً حقه فى الحبس . ومن ذلك نرى الفرق واضحاً بين الحق فى الحبس والحق العينى . فالحق العينى ينطوى دائما على حق تتبع ولايزول بانتقال العين إلى الغير .

الفرع الخامس

الإعسار

(Déconfiture)

٩١٦ — الإعسار فى التقنين المدنى السابق وفى التقنين المدنى الجديد : لم ينظم التقنين المدنى السابق الإعسار المدنى ، وهذا بخلاف الإفلاس التجارى فقد نظمه التقنين التجارى تنظيما دقيقاً مفصلا [١]. وقد سار التقنين المدنى السابق فى عدم تنظيمه للإعسار على نهج التقنين المدنى الفرنسى ، ولم يعالج الإعسار المدنى إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية . أما التقنين المدنى الجديد فقد نظم الإعسار المدنى على غرار الإفلاس التجارى ، فيما عدا التصفية الجماعية [٢] .

= واستعادها موقتا قبل أن يدفع أجرة الإصلاح ثم أرجعها لاستكمال إصلاحها ، فإن من قام بإصلاح السيارة يعود له حقه فى الحبس حتى يستوفى أجره ، لأن السيارة عادت إلى حيازته بنفس السبب القديم .

(١) ويقوم تنظيم الإفلاس التجارى على أسس ثلاثة : (ا) عدم انفراد أحد الدائنين بالاستئثار بمال المدين . (ب) غل يد المدين عن التصرف فى أمواله . (ج) تصفية أموال المدين تصفية جماعية ، فتنتقل حيازة هذه الأموال إلى سنديك يتخذ باسم الدائنين إجراءات جماعية لتصفيتها وتوزيع ثمنها على الدائنين ، فتتحقق المساواة الفعلية بين هؤلاء .

(٢) فأصبح الإعسار المدنى يقوم على أساسين من الأسس الثلاثة التى يقوم عليها الإفلاس التجارى : عدم انفراد أحد الدائنين بالاستئثار بمال المدين ، وغل يد المدين عن التصرف فى أمواله.

ويختلف موقف التشريعات الحديثة فى تنظيم الإعسار المدنى . فبعضها — كما فى ألمانيا وانجلترا وهولندا والسويد والنرويج والدنمارك — لا يميز بين الإفلاس التجارى والإعسار المدنى ، فيجعل المدين المعسر ، تاجراً كان أو غير تاجر ، خاضعا لنظام واحد هو نظام الإفلاس التجارى . وفى =

فأصبح فى التقنين المدنى الجديد إلى جانب الإعسار الفعلى (insolvabilité) الإعسار القانونى (déconfiture) . ويختلف الإعسار الفعلى عن الإعسار القانونى من وجوه عدة . فالإعسار الفعلى حالة واقعية تنشأ عن زيادة ديون المدين على حقوقه ، أما الإعسار القانونى فحالة قانونية تنشأ عن زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه ولابد من شهره بموجب حكم قضائى يجعل المدين فى حالة إعسار ، والآثار التى يرتبها القانون على الإعسار القانونى قد لا يرتبها على الإعسار الفعلى(١) . وقد ينتهى الإعسار القانونى قبل أن ينتهى الإعسار الفعلى(٢) .

وإذا أطلقنا لفظ « الإعسار » قصدنا به الإعسار القانونى أى الإعسار كحالة قانونية منظمة . وإذا أردنا الإعسار الفعلى ، صرحنا بذلك .

ونبحث : (أولا) شهر حالة الإعسار . (ثانيا) الآثار التى تترتب على حالة الإعسار . (ثالثا) انتهاء حالة الإعسار .

= سويسرا نظم الإفلاس التجارى وترك الإعسار المدنى دون تنظيم . ولكن بعض طوائف المدينين المعسرين أخضعت لنظام الإفلاس التجارى على سبيل الإجبار ، وجعل للآخرين أن يختاروا هذا النظام فمن يشاء منهم ذلك يقيد اسمه فى سجل خاص . وفى إسبانيا نظم الإعسار المدنى تنظيما مستقلا عن تنظيم الإفلاس التجارى ، على أن النظام الأسبانى لا يفرق كثيراً بين النظامين من ناحية التصفية الجماعية . وهذا ما توقاه التقنين المدنى الجديد ، فقد اقتصر فى الإعسار المدنى على الإجراءات الفردية دون التصفية الجماعية .

(١) فسنرى أن سقوط الأجل ومنع المدين من التصرف فى ماله وتعريضه لعقوبة التبديد وجواز إعطائه نفقة من إيراداته المحجوزة وعدم جواز الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين ، إنما يترتب ذلك كله على الإعسار القانونى لا على مجرد الإعسار الفعلى . أما فى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية فقد استبقى التقنين المدنى الجديد الإعسار على ما كان عليه فى التقنين المدنى السابق: إعسارا فعليا لا إعسارا قانونيا ، مسايراً فى ذلك تقاليد هاتين الدعويين .

(٢) ذلك أن الإعسار القانونى ينتهى بموجب حكم إذا وفى المدين المعسر ديونه الحالة . وينتهى حتما بقوة القانون إذا انقضت خمس سنوات على شهر الإعسار . فيتبين من ذلك أن الإعسار القانونى قد ينتهى ، ومع ذلك تبقى ديون المدين أكثر من حقوقه فيكون معسراً فعلا . وهكذا قد يتناوب المدين إعسار فعلى ، ينتقل منه إلى إعسار قانونى ، ليعود بعد ذلك إلى إعسار فعلى . وسيأتى بيان ذلك تفصيلا فيما يلى .

المبحث الأول

شهر حالة الإعسار

٩١٧ — دعوى شهر الإعسار : لابد لثبوت حالة الإعسار من دعوى ترفع بذلك ، وحكم يصدر بشهر الإعسار . فنبحث إذن أمرين : (١) طرفى دعوى الإعسار (٢) إجراءات هذه الدعوى .

المطلب الأول

طرفا دعوى الإعسار

٩١٨ — نصوص قانونية : تنص المادة ٢٤٩ مدنى على ما يأتى : « يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لاتكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء » . وتنص المادة ٢٥٠ مدنى على ما يأتى : « ويكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . وتنظر الدعوى على وجه السرعة » . وتنص المادة ٢٥١ مدنى على ما يأتى : « على المحكمة فى كل حال قبل أن تشهر إعسار المدين أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة . فتنظر إلى موارده المستقبلة ، ومقدرته الشخصية ، ومسئوليته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية »(١) .

ومن هذه النصوص يتبين أن المدعى عليه فى دعوى الإعسار هو المدين المعسر دائماً ، أما المدعى فيكون فى الغالب أحد دائنيه وقد يكون هو المدين نفسه .

٩١٩ — المدعى عليه فى دعوى الإعسار : من الطبيعى أن يكون المدعى عليه فى دعوى الإعسار هو المدين المعسر . والمقصود بالإعسار هنا ، كما قدمنا ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٥٠ — ٢٥٢ (مطابق) — الليبى لا مقابل — العراقى م ٢٧٠ — ١/٢٧١ (موافق) — اللبنانى لا مقابل .

هو الإعسار القانونى لا الإعسار الفعلى . فليس يكفى . حتى يجوز شهر إعسار المدين . أن تكون أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه كما هو الأمر فى الإعسار الفعلى . بل يجب أن يكون المدين أشد إعساراً من ذلك فتكون أمواله غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء وحدها . فلو كانت أموال المدين تقدر بعشرة آلاف . وكانت ديونه الحالة ثمانية آلاف . وديونه المؤجلة أربعة آلاف . فهذا المدين معسر إعساراً فعليا لأن مجموع ديونه الحالة والمؤجلة يربى على مجموع أمواله . وهو غير معسر إعساراً قانونيا لأن ديونه الحالة لا تزيد على ما عنده من مال . ولو كانت الديون الحالة اثنى عشر ألفا بدلا من ثمانية آلاف . لكان المدين أيضاً معسراً إعساراً قانونيا لأن ديونه الحالة أصبحت تربى على أمواله. على أن الإعسار القانونى على ضيقه أوسع من الإفلاس التجارى . فمجرد توقف التاجر عن دفع ديونه الحال يجيز شهر إفلاسه ولو كان هذا التاجر غير معسر لا إعساراً قانونيا ولا إعساراً فعليا . ويقع عبء إثبات إعسار المدين على من يطلب شهر إعساره . ويكون غالبا أحد دائنيه كما سيأتى . ويمكن إثبات الإعسار بجميع الطرق . لأن الإعسار واقعة مادية(١).

وحتى بعد إثبات أن أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء. ليس من الضرورى أن تقضى المحكمة بشهر إعساره . بل إن لها سلطة تقديرية واسعة فى ذلك . فعلى المحكمة أن تراعى فى تقديرها الظروف العامة التى أعسر فيها المدين . وكذلك الظروف الخاصة بشخصه . فالظروف العامة مثلها أزمة اقتصادية طاحنة سببت إعسار كثير من الناس . أوحرب نشبت . أوثورة اندلعت . أوفيضان استثنائى . أو آفة زراعية انتشرت . أونحو ذلك من الظروف التى تعم جميع الناس ولا تخص المدين وحده . والظروف الخاصة بالمدين منها ما يرجع إلى الماضى . كمسئوليته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره وهل كان حسن النية عاثر الحظ أوكان مبذراً متلافاً . ومنها ما يرجع إلى الحاضر . كمصالح دائنيه المشروعة إذا استوجبت شهر إعساره . وكرعونة المدين أوعدم خبرته أو ضعف إدراكه . ومنها ما يرجع إلى المستقبل . كموارد المدين المستقبلة

---

(١) فإذا أثبت الدائن فى ذمة المدين ديونا مستحقة الأداء ، كان للقاضى أن يستخلص من ذلك قرينة قضائية على أن هذا المدين معسر ، وهى قرينة تقبل إثبات العكس فيجوز للمدين دحضها إذا هو أثبت أن عنده مالا يكفى للوفاء بهذه الديون المستحقة الأداء .

فقد ينتظر لأعماله الرواج بعد فوات أزمة عارضة . وكمقدرته الشخصية فقد يكون طبيبا حاذقاً أومهندساً ماهراً فيمكن الاعتماد على عمله فى المستقبل وتفادى شهر إعساره فى الحال .

٩٢٠ — المدعى فى دعوى الإعسار : أما المدعى فى دعوى الإعسار فيكون غالبا أحد دائنى المدين المعسر . وللدائن فى ذلك مصالح شتى . فقد يخشى أن يبادر المدين إلى تبديد ماله أو إخفائه أو التصرف فيه للإضرار بحقوق دائنيه . فيسهل على الدائن بعد أن يشهر إعسار المدين أن يلغى جميع هذه التصرفات . بل إنه يعرض المدين لعقوبة التبديد فى بعض الحالات(١) . وقد يخشى الدائن أن يبادر الدائنون الآخرون إلى أخذ اختصاص على عقارات المدين . ولا يكون عنده مثلهم حكم واجب التنفيذ يأخذ أيضاً بموجبه حق اختصاص . فيبادر إلى شهر إعسار المدين حتى يمنع الدائنين الآخرين من أخذ حق الاختصاص (٢) .

وقد يطلب المدين نفسه شهر إعساره ، ويدعوه إلى ذلك أمله فى أن يحصل على آجال لديونه الحالة فيتمكن من تسوية حالته المادية . وقد يكون غارقاً فى الديون تنهال عليه الحجوز من كل جانب . وقد حجزت إيراداته فمنع مورد رزقه . فيعمد إلى طلب شهر إعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة يقتات منها إلى أن تتم تصفية أمواله(٣) .

---

(١) وحتى لو لم يوجد للمدين إلا دائن واحد ، فإن هذا الدائن يستطيع أن يرفع دعوى شهر الإعسار .

(٢) وقد يكون الدائن حقه مؤجل فيخشى أن ينتظر حلول الأجل فلا يجد عند المدين مالا ، فيبادر إلى شهر إعساره متمسكاً بدين حال لدائن غيره لا تكفى أموال المدين للوفاء به . فإذا ما أشهر إعسار المدين سقط الأجل فى الدين المؤجل ، وبادر الدائن إلى التنفيذ بحقه .

(٣) ويطلب المدين شهر إعسار نفسه بدعوى يرفعها ابتداء أمام المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطنه ، ويكون دائنوه هم الخصوم فى هذه الدعوى . ولكن أكثر ما يتحقق طلب المدين شهر إعسار نفسه يكون فى دعوى يرفعها عليه أحد دائنيه بالدين ، فيطلب فى أثناء نظر هذه الدعوى شهر إعسار نفسه .

وفى الإفلاس التجارى يجوز للنيابة العامة طلب شهر إفلاس المدين التاجر ، ويجوز للمحكمة أن تشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها (م ١٩٦ تجارى) . ولا يوجد نص فى الإعسار يجيز للنيابة العامة أن تطلب شهر الإعسار ، ولا للمحكمة أن تحكم بشهره من تلقاء نفسها .

المطلب الثانى

إجراءات دعوى الإعسار

٩٢١ — *نصوص قانونية* : تنص المادة ٢٥٢ مدنى على ما يأتى : « مدة المعارضة فى الأحكام الصادرة فى شأن الإعسار ثمانية أيام ، ومدة استئنافها خمسة عشر يوماً ، تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام » . وتنص المادة ٢٥٣ مدنى على ما يأتى : « ١ — على كاتب المحكمة فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين . وعليه أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه ، وذلك كله يوم صدور الحكم . ٢ — وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها فى سجل عام ، ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل » . وتنص المادة ٢٥٤ مدنى على ما يأتى : « يجب على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق . وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن ، سواء أأخطره المدين أم علم بذلك من أى طريق آخر ، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل إلى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها »[1] .

٩٢٢ — *نظر دعوى الإعسار على وجه السرعة* : وقد رأينا أن المادة ٢٥٠ مدنى تقضى بأن المحكمة المختصة بدعوى الإعسار هى المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين المعسر ، فلا تختص المحاكم الجزئية إذن بنظر دعاوى الإعسار . وتقضى هذه المادة أيضاً بأن تنظر دعوى الإعسار على وجه السرعة ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٥٣ — ٢٥٤ (مطابق — فيما عدا أن كاتب محكمة موطن المدين المعسر فى التقنين السورى يرسل إلى ديوان وزارة العدل صورة التسجيلات والتأشيرات لإثباتها فى سجل عام ، وفيما عدا أنه لا يوجد مقابل فى التقنين السورى للمادة ٢٥٢ مدنى مصرى وهى المادة التى تقصر مواعيد المعارضة والاستئناف) — الليبى لا مقابل — العراقى م ٢٧١ / ٢ و ٣ (ولا يكفى فى التقنين العراقى الحكم بحجر المدين وشهر هذا الحكم ، بل يجب أيضاً أن يتبع ذلك حجز كل أموال المدين لمصلحة جميع الدائنين ، ويقام المدين بقدر الإمكان حارساً على أمواله حتى يكون مسئولا عن تبديدها) — اللبنانى لا مقابل .

فتتقدم على غيرها من الدعاوى العادية . ولا يقبل فيها طلب التأجيل إلا عند الضرورة ولأجل قريب (م ١١٨ مرافعات) .

والحكم فى دعوى الإعسار ، إذا صدر غيابيا بالقبول أو بالرفض ، يكون قابلا للمعارضة . ولكن ميعاد المعارضة يقتصر إلى ثمانية أيام من تاريخ إعلان الحكم الغيابى (م ٢٥٢ مدنى)[1] . ويكون أيضاً قابلا للاستئناف أمام محكمة الاستئناف التى تستأنف أمامها أحكام المحكمة الابتدائية التى أصدرت الحكم . وميعاد الاستئناف خمسة عشر يوما من تاريخ إعلان الحكم الابتدائى (م ٢٥٢ مدنى)[2] .

٩٢٣ – طبيعة الحكم الصادر بشهر الإعسار والعلانية التى نظمها

القانونه : الحكم الصادر بشهر الإعسار هو حكم منشئ لحالة قانونية جديدة ، لا حكم كاشف . فقد نقل المدين إلى حالة يرتب عليها القانون نتائج هامة . فهو إذن حجة على الكافة . والمدين الذى شهر الحكم إعساره يعتبر معسراً لا بالنسبة إلى الدائن الذى رفع دعوى شهر الإعسار وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى سائر الدائنين ، وكذلك بالنسبة إلى الغير ممن قد يتصرف له المدين فلا ينفذ تصرفه[3] .

---

(١) ويلاحظ أن المادة ٣٨٦ مرافعات تقضى بعدم جواز المعارضة فى الدعاوى التى تنظر على وجه السرعة . وكان هذا يقتضى ألا تجوز المعارضة فى الحكم الذى يصدر بشهر الإعسار . ولكن لم يتسق التقنين المدنى مع تقنين المرافعات فى هذه المسألة فتعارضا ، وزاد التعارض منذ ألغيت المعارضة بوجه عام فى جميع الأحكام بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . ولابد من القول إزاء هذا التعارض . بأن الحكم الذى تضمنته المادة ٢٥٢ مدنى يعتبر استثناء من القاعدة العامة التى قررتها المادة ٣٨٦ مرافعات .

(٢) وهنا أيضاً لم تتسق المادة ٢٥٢ مدنى مع المادة ٤٠٢ مرافعات ، فهذه المادة الأخيرة تقضى بأن يكون ميعاد الاستئناف فى الدعاوى التى تنظر على وجه السرعة عشرة أيام فقط . ولكن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ عدل المادة ٤٠٢ مرافعات ، فأصبح ميعاد الاستئناف خمسة عشر يوما فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم ، وعدل المادة ٣٧٩ مرافعات فأصبح ميعاد الطعن فى الحكم يبدأ بوجه عام من تاريخ صدوره لا من تاريخ إعلان الحكم المطعون فيه . ومهما يكن من أمر فإن المادة ٢٥٢ مدنى تعتبر استثناء من القواعد التى تضمنها تقنين المرافعات ، ويكون ميعاد استئناف الحكم الصادر فى دعوى الإعسار خمسة عشر يوما تبدأ من تاريخ إعلان الحكم الابتدائى .

(٣) لذلك يجوز لكل ذى مصلحة – كدائن لم يدخل فى الدعوى أو شخص تصرف له المدين =

ومن ثم فقد كفل القانون العلانية لهذا الحكم عن طريقين : (أولا) طريق قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم . فقد قضت المادة ٢٥٣ مدني كما رأينا بأن كاتب هذه المحكمة ينظم سجلا خاصا مرتبا بحسب أسماء المعسرين . وعليه أن يسجل صحيفة دعوى الإعسار في هذا السجل تحت اسم المدين . ومتى صدر الحكم في الدعوى أشر يوم صدوره في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر. وإذا طعن في الحكم بالمعارضة أو الاستئناف أو بالنقض أو بالتماس إعادة النظر أو باعتراض الخارج عن الخصومة . أشر في هامش التسجيل أيضاً بالحكم الصادر في الطعن المذكور بالتأييد أو بالإلغاء . وبذلك تجتمع في هذا السجل الخاص تحت اسم كل مدين رفعت عليه دعوى شهر الإعسار صورة كاملة عن تاريخ رفع الدعوى وصحيفتها وما صدر من الأحكام فيها. فيستطيع كل ذي شأن أن يعرف ذلك من واقع هذا السجل الخاص . ولما كان هذا السجل موجوداً في المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، وكان هناك احتمال أن يغير المدين موطنه ، فلابد من إرسال هذه البيانات إلى المحكمة التي بها موطن المدين الجديد لنثبتها في سجلها الخاص . ومن ثم وجب على المدين إذا غير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق ، وسواء علم هذا الكاتب بالموطن الجديد من المدين نفسه أو من أي شخص آخر كدائن أو أي ذي مصلحة ، فإنه يجب عليه أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها في هامش التسجيل إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلها الخاص(م ٢٥٤ مدني) . (ثانيا) طريق قلم كتاب محكمة مصر ، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٣ مدني كما رأينا بأن على كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم بشهر الإعسار أن يرسل أيضاً إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل . والغرض من ذلك أن تكون هناك جهة مركزية ينظم فيها سجل عام . فيستطيع الباحث إذا رجع إليه أن يعلم بحالة المدين في أي موطن كان .

=المعسر – أن يطعن في الحكم بشهر الإعسار عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة . إذا أثبت أن دعوى شهر الإعسار إنما رفعت غشاً بالتواطؤ بين طرفي الدعوى أو أن المدين قد أهمل إهمالا جسيما في الدفاع عن نفسه (م ٤٥٠/١ مرافعات) .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على حالة الإعسار

٩٢٤ — نوعان من الآثار : يترتب على شهر إعسار المدين نوعان من الآثار : (١) آثار بالنسبة إلى المدين . (٢) وآثار بالنسبة إلى الدائنين .

المطلب الأول

بالنسبة إلى المدين

٩٢٥ — نصوص قانونية : تنص المادة ٢٥٧ مدنى على ما يأتى : « متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين » . وتنص المادة ٢٥٨ مدنى على ما يأتى : « ١ — يجوز للمدين أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع . ٢ — وإذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشترى فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل » . وتنص المادة ٢٥٩ مدنى على ما يأتى : « إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين ، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة . ويجوز التظلم من الأمر الذى يصدر على هذه العريضة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره إن كان التظلم من المدين ، ومن إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم » . وتنص المادة ٢٦٠ مدنى على ما يأتى : « يعاقب المدين بعقوبة التبديد فى الحالتين الآتيتين : (ا) إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه ، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره . (ب) إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره ، أخفى

بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيها ، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه »(١) .

وهذه النصوص تقضى : (١) بغل يد المدين عن التصرف من وقت تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . (٢) وبتعريضه لعقوبات جنائية إذا صدرت منه أعمال معينة. (٣) وبجواز أن تقدر له نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

٩٢٦ — غل يد المدين المعسر عن التصرف : هنا نجد مزية من أهم مزايا شهر إعسار المدين . فقد كان الدائنون قبل شهر إعسار مدينهم موكولين إلى الدعوى البولصية ، لا يستطيعون أن يجعلوا تصرفات المدين غير سارية فى حقهم إلا بعد أن يثبتوا أن المدين قد تصرف غشا للإضرار بحقوقهم وأن المتصرف له كان أيضاً سيئ النية إذا كان التصرف معاوضة . أما بعد شهر إعسار المدين ، فكل تصرف يصدر منه من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون من شأنه أن ينقص من حقوقه كالبيع والهبة ، أو يزيد فى التزاماته كالقرض ، وأى وفاء يقوم به ولو لدين حال ، يكون غير سار فى حق الدائنين ، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعسار ، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المتصرف له ولو كان التصرف معاوضة . وهذه الوقاية تفضل العلاج الذى تقدمه الدعوى البولصية . وغنى عن البيان أن أى تصرف يرمى به المدين إلى تفضيل دائن على آخر ، بالوفاء له قبل حلول دينه أو بعد حلول الدين أو بإعطائه ضمانا لدينه ، يكون غير سار فى حق الدائنين الآخرين . وعدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين لا يمنع من أن يبقى التصرف قائما بين المدين والمتصرف له ، فلو نفذ الدائنون على العين المتصرف فيها كان للمتصرف له الرجوع بالضمان على المدين ، ولو ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها بقيت فى ملك المتصرف له .

ولا يوجد فى قاعدة عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر إلا استثناء واحد نصت عليه المادة ٢٥٨ مدنى ، فهى تقضى كما رأينا بجواز أن يبيع المدين ماله ولو بغير رضاء دائنيه وذلك بشرطين : (١) أن يكون البيع بثمن المثل ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٥٧ — ٢٦٠ (مطابق) — الليبى لا مقابل — العراقى م ٢٧٢ و ٢٧٤ و ٢٧٦ و ٢٧٧ (مقارب) — اللبنانى لا مقابل .

فإن نقص عن ثمن المثل فإن التصرف لا يكون ساريا فى حق الدائنين إلا إذا أكمل المشترى الثمن إلى ما يعادل ثمن المثل . (٢) أن يودع المشترى الثمن كله ، ويدخل فى ذلك تكملته إلى ثمن المثل ، فى خزانة المحكمة على ذمة الدائنين ، فيوزع بينهم وفقاً لإجراءات التوزيع . وقد ترك المدين على هذا النحو يصفى ماله بنفسه ، بما لا ضرر فيه على الدائنين .

٩٢٧ — حالتان يعاقب فيهما المدين المعسر بعقوبة التبديد : وقد نصت المادة ٢٦٠ مدنى كما رأينا على حالتين يعاقب فيهما المدين المعسر بعقوبة التبديد.

(الحالة الأولى) إذا رفع دائن عليه دعوى بالدين قبل أن يشهر إعساره، ثم حكم عليه بالدين ، فتعمد ، قبل الحكم بالدين أو بعده ، أن يعسر بقصد الإضرار بدائنيه ، بأن بدد ماله أو أخفاه أو اصطنع ديونا صورية أو نحو ذلك من التصرفات التى تؤدى إلى إعساره ، وذلك تهربا من تنفيذ الحكم بالدين الذى صدر أو سيصدر . فلهذه الجريمة إذن ركنان : (١) ركن مادى هو الحكم بالمديونية ، وقد اقترن به أو تلاه الحكم بشهر الإعسار . (٢) وركن معنوى هو تعمد الإعسار إضراراً بالدائنين وتهربا من تنفيذ الحكم بالمديونية ، ومن القرائن على هذا التعمد أن يكون إعسار المدين قد حدث فى أثناء نظر دعوى المديونية أو عقب صدور الحكم بالمديونية[1] .

(الحالة الثانية) إذا حكم على المدين المعسر بشهر الإعسار ، فعمد إلى الإضرار بدائنيه عن طريق أحد الأعمال الآتية : (١) إخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، ويكون ذلك على الأخص فى المنقولات . ولا يعتبر إخفاء للمال مجرد التصرف فيه ، فقد رأينا أن التصرف لا يضر الدائنين إذ هو غير نافذ فى حقهم . (٢) اصطناع ديون صورية حتى يزيد مقدار ديونه ، وتكون هذه الديون الصورية سابقة على الإعسار وإلا لم تكن نافذة فى حق الدائنين فلا تضربهم . (٣) اصطناع ديون مبالغ فيها ، مثل ذلك أن يعمد المدين إلى تغيير سندات بالدين عليه سابقة على الإعسار فيضاعف قيمتها . والجريمة هنا ، كالجريمة فى الحالة الأولى ، لها ركنان : ركن مادى هو صدور

---

(١) وإعسار المدين على هذا النحو وعلى النحو الذى سيأتى فى الحالة الثانية شبيه بالإفلاس مع التدليس ، ويعاقب مثله عقوبة جنائية .

حكم بشهر الإعسار يتلوه عمل من هذه الأعمال الثلاثة التي سبق ذكرها . وركن معنوى هو قصد الإضرار بالدائنين وهذا القصد يفترض وجوده وما صدر من عمل من المدين المعسر يقوم قرينة على ذلك .

٩٢٨ — تقرير نفقة للمدين المعسر : وهنا تظهر إحدى فوائد شهر الإعسار للمدين المعسر نفسه . فإنه يستطيع . إذا كان الدائنون قد أوقعوا الحجز على إيراداته فبقى دون مورد يعيش منه [1] . أن يقدم عريضة لرئيس المحكمة التي بها موطنه — أي المحكمة المختصة بشهر الإعسار — يطلب فيها أن يقرر له نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدنى) . فإذا قدر رئيس المحكمة النفقة المطلوبة بأمر على العريضة المقدمة إليه ، جاز للمدين أن يتظلم من هذا التقدير إلى المحكمة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدور الأمر . وجاز أيضاً للدائنين أن يتظلموا من هذا التقدير إذا رأوه مبالغا فيه إلى المحكمة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ إعلانهم بأمر التقدير (م ٢٥٩ مدنى) . ويجوز التظلم من كلا الطرفين إلى الآمر نفسه — رئيس المحكمة — أولا ، ويحكم الرئيس في التظلم على وجه السرعة . ويكون حكمه قابلا لطرق الطعن المقررة للأحكام التي تصدر على وجه السرعة (م ٣٧٥ مرافعات) .

ويبقى المدين المعسر يتقاضى النفقة المقدرة إلى أن تنتهى تصفية أمواله . وغنى عن البيان أن تقرير النفقة لا يحول دون بيع المال الذى يتقاضى المدين النفقة من ريعه .

المطلب الثانى

بالنسبة إلى الدائنين

٩٢٩ — نصوص قانونية : تنص المادة ٢٥٥ مدنى على ما يأتى : « ١ - يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل . ٢ — ومع ذلك يجوز للقاضى أن يحكم . بناء على طلب المدين وفى

---

(١) أما الأموال التي لا يجوز الحجز عليها فتبقى غير قابلة للحجز بعد شهر الإعسار .

مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة . كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة ، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف ، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً » . وتنص المادة ٢٥٦ مدنى على ما يأتى : « ١ – لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين . ٢ – على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل »(١) .

وهذه النصوص تكفل المساواة للدائنين جميعا ، مع إبقاء المدين قائما على ماله دون أن ترفع يده عنه بخلاف التاجر المفلس . ويتحقق ذلك بالطرق الآتية : (١) تكون الإجراءات التى يتخذها الدائنون للتنفيذ بحقوقهم إجراءات فردية لا جماعية . (٢) تسقط آجال الديون المؤجلة كمبدأ عام تحقيقاً للمساواة بين الدائنين . ولكن قد تبقى هذه الآجال ، وقد تمد ، بل وقد تمنح آجال للديون الحالة . (٣) لا تنفذ حقوق الاختصاص التى يأخذها بعض الدائنين فى حق الدائنين الآخرين ، وذلك تحقيقاً للمساواة بينهم جميعا .

٩٣٠ – إجراءات فردية لا جماعية : تقضى الفقرة الأولى من المادة ٢٥٦ مدنى كما رأينا بأنه « لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين » . وهنا يتجلى المقوم الأساسى للإعسار المدنى ، فهو ليس كالإفلاس التجارى يؤدى إلى إجراءات جماعية . فالمدين المعسر لا ترفع يده عن ماله بل يبقى قائماً على إدارته . وهذا بخلاف التاجر المفلس فإن أمواله تنزع من يده وتنتقل إلى حيازة السنديك . وفى الإعسار لا يعين سنديك ، ولا يجتمع الدائنون فى اتحاد (union) ، كما يجرى الأمر فى الإفلاس . فيبقى دائنو المعسر كل منهم مستقل عن الآخرين ، ولا تتخذ إجراءات جماعية للتنفيذ ، بل يقوم كل دائن على مصلحته بنفسه ، فيتخذ باسمه من الإجراءات الفردية ما يسمح به القانون . فلكل دائن أن يحجز على أموال المدين ، ما كان موجوداً منها قبل شهر الإعسار وما استجد بعده . ولكل دائن أن يبادر قبل غيره إلى استيفاء حقه

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٥٥ – ٢٥٦ (مطابق) – الليبى لا مقابل – العراقى م ٢٧٣ و ٢٧٥ (موافق) – اللبنانى لا مقابل .

من أموال المدين . فإذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به ومزاحمته عند التوزيع ، فقد يستوفي حقه كاملا دونهم . فالمساواة بين الدائنين إنما هي إذن مساواة قانونية لامساواة فعلية . والقانون يعتبر الدائنين متساوين جميعا ولكنه لا يمنع أيا منهم أن يتخذ إجراءات فردية يسبق بها الآخرين .

على أن القانون كفل للدائنين المساواة الفعلية من وجهين : (١) إسقاط آجال الديون . (٢) عدم نفاذ حقوق الاختصاص .

٩٣١ — آجال الديون : إذا شهر إعسار المدين . كان ذلك إشعاراً للدائنين بأن يبادروا بالتنفيذ على أمواله . حتى يدركوا منها ما يستطيعون أن يستوفوا به أكبر نصيب من حقوقهم . ومن ثم يكون الدائن ذو الحق المؤجل في مركز بالغ الدقة . فهو لا يستطيع المبادرة إلى التنفيذ لأن حقه لم يحل ، ولا يستطيع الانتظار إلى أن يحل الأجل خشية أن تستنفد الديون الحالة جميع أموال المدين . لذلك قضت الفقرة الأولى من المادة ٢٥٥ مدني كما رأينا بأن مجرد صدور الحكم بشهر إعسار المدين يترتب عليه سقوط الأجل في الديون المؤجلة ، فتصبح هذه الديون حالة تجوز المبادرة إلى التنفيذ بها . وحتى لا يغبن المدين وأصحاب الديون الحالة من حلول الديون المؤجلة قبل انقضاء الأجل ، نص القانون على أن يخصم من هذه الديون المؤجلة التي حلت بشهر الإعسار مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل . فإذا كان الدين المؤجل يستحق الدفع بعد سنة من وقت صدور حكم شهر الإعسار ، وكان يشتمل على فائدة اتفاقية مقدارها ٦٪ ، فإن الدين يصبح حالا بعد أن يخصم منه مقدار هذه الفائدة الاتفاقية . فإن كان لايشتمل على فائدة اتفاقية وكان واجب الدفع بعد سنة ، أصبح حالا بعد أن يخصم منه مقدار الفائدة القانونية بسعر ٤٪ أو ٥٪ بحسب ما يكون دينا مدنيا أو تجاريا[1] . أما إذا كان الدين واجب الدفع بعد سنة ، وكان المتفق عليه أن يدفع في هذا الميعاد مع فائدة مقدارها ٦٪ مثلا فإنه يصبح حالا دون خصم ودون فائدة .

هذه هي القاعدة . ولكن يصح أن تكون ظروف المدين بحيث تستوجب

---

(١) ويقدر الدين ، بعد حلوله بسقوط الأجل ، بمبلغ إذا أضيفت إليه الفائدة بسعرها الاتفاقي أو القانوني يكون مساويا لمقدار الدين قبل سقوط الأجل .

الرفق به . وعند ذلك يجوز له أن يطلب من القاضى . فى مواجهة صاحب الدين الذى سقط أجله . إبقاء الأجل كما كان . ويجوز له . فوق ذلك . أن يطلب مد هذا الأجل . بل يجوز له أن يطلب . فى مواجهة أصحاب الديون الحالة . أن يمنح أجلا يمكنه من تحقيق الفرصة المناسبة لتصفية أمواله على خير وجه لمصلحته هو ولمصلحة الدائنين . ويجيبه القاضى إلى ما طلب إذا رأى أن من مصلحة المدين والمدينين جميعاً ألا يبادر الدائنون إلى التنفيذ على أموال المدين فى ظروف غير مناسبة فتنزل قيمتها . وأن من الخير التربص لفرصة مواتية تباع فيها هذه الأموال بأعلى قيمة فيعود ذلك بالنفع على كل من الدائنين والمدين(١) .

٩٣٢ — عدم نفاذ حقوق الاختصاص : وقضت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ مدنى كما رأينا بأنه « لايجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل » . ذلك أن الدائنين يبادرون عادة . بمجرد شهر إعسار مدينهم . إلى أخذ حقوق اختصاص على عقاراته عن طريق الإجراءات الفردية التى لم ينقطع حقهم فيها كما قدمنا . فحتى تتحقق المساواة بين الدائنين . قضى القانون بألا يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . فإذا بادر دائن بيده حكم واجب التنفيذ إلى أخذ حق اختصاص . فإن حق الاختصاص هذا لايكون نافذاً فى حق الدائنين ذوى التواريخ الثابتة السابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . أما إذا كان حق الاختصاص سابقاً على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . فإنه ينفذ بطبيعة الحال فى حق جميع الدائنين(٢) .

---

(١) ويحقق هذا الإجراء فى الإعسار المدنى بعض ما يحققه الصلح مع الدائنين (**concordat**) فى الإفلاس التجارى . على أنه ليس بدعا أن يمنح القاضى للمدين أجلا حتى فى الديون الحالة . فليس هذا إلا ضربا من نظرة المدين إلى ميسرة (**délai de grâce**) يفعله القاضى حتى لو لم يكن المدين قد شهر إعساره (م ٣٤٦ مدنى) .

(٢) ويتبين من ذلك أن الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لايخشون من أن يتقدم أحدهم على الآخرين عن طريق أخذ حق اختصاص . ولكن قد يكون لمن حصل منهم على =

المبحث الثالث

انتهاء حالة الإعسار

٩٣٣ — كيف تنتهي حالة الإعسار : هناك طريقان لانتهاء حالة الإعسار :

(الطريق الأول) بموجب حكم قضائي . وتنص المادة ٢٦١ مدنى على أنه « ١ — تنتهي حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب كل ذي شأن ، في الحالتين الآتيتين : (١) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله . (ب) متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها . وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بشهر الإعسار إلى ما كانت عليه وفقاً للمادة ٢٦٣ . ٢ — ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه في المادة ٢٥٣ . وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك »[1]. فتنتهي إذن حالة الإعسار بموجب حكم قضائي في أحد فرضين : (١) إذا ثبت أن أموال المدين قد أصبحت تفي بجميع ديونه ، ما كان حالا وقت شهر إعساره وما حل بسقوط الأجل بسبب شهر الإعسار . وقد يتحقق ذلك لو أن المدين المعسر تلقى ميراثا أو وصية ، أو عقد صفقة رابحة ، أو أبرأه الدائنون من بعض ديونه . (٢) إذا ثبت أن المدين قد وفى جميع ديونه التي كانت حالة وقت طلب إنهاء حالة الإعسار ، سواء كانت هذه الديون ديونا حالة وقت شهر الإعسار أو حلت بعد ذلك بانقضاء آجلها . أما الديون التي اعتبرت حالة عن طريق إسقاط آجالها بسبب

= حكم واجب التنفيذ مصلحة في أن يبادر إلى أخذ حق اختصاص على عقارات المدين ، حتى إذا ما انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائها كما سيأتي ، واستجد للمدين دائنون آخرون بعد انتهاء حالة الإعسار ، كان حق الاختصاص نافذاً في حق هؤلاء الدائنين الذين استجدوا كما سنرى (انظر ما يلي فقرة ٩٣٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢٦١ (موافق) — الليبي لا مقابل — العراق م ٢٧٨/١ و ٢ و ٣ (موافق) — اللبناني لا مقابل .

شهر الإعسار . ولم يكن هذا الأجل قد انقضى وقت طلب إنهاء حالة الإعسار . فإنها لا تدخل فى هذا الحساب ، لأن هذه الديون سيعود إليها الأجل الذى سقط كما سنرى . وظاهر أن المدين إذا كان قد وفى بجميع الديون المشار إليها ، فإنه يصبح فى حالة كان لا يستطاع معها طلب شهر إعساره . وهذا هو المبرر لإنهاء حالة الإعسار فى هذا الفرض . ولكن لا يكفى أن يكون عند المدين مال كاف للوفاء بهذه الديون ، بل يجب أن يكون المدين قد وفاها فعلا . بخلاف الفرض الأول إذ يكفى فيه كما رأينا أن تكون أموال المدين قد أصبحت تفى بجميع ديونه دون أن يكون قد وفاها فعلا .

ولابد من صدور حكم بإنهاء حالة الإعسار . وهو حكم منشئ لا كاشف ، كحكم شهر الإعسار . ويقبل الطعن فيه بالطرق المقررة قانونا وفى المواعيد العادية . ويصدر من المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين . ويصدر بناء على طلب كل ذى شأن : المدين نفسه أو من تصرف له المدين المعسر حتى يستطيع الرجوع على المدين وهو غير معسر (١) . ومتى صدر الحكم ، أشر الكاتب من تلقاء نفسه يوم صدوره بانتهاء حالة الإعسار على هامش التسجيل المدون فى السجل الخاص بالمحكمة ذاتها . فإذا كان المدين قد غير موطنه ورفعت دعوى إنهاء الإعسار فى محكمة موطنه الجديد . وجب التأشير بالحكم فى سجل كل من المحكمتين . المحكمة التى أصدرت الحكم بإنهاء حالة الإعسار والمحكمة التى أصدرت الحكم بشهر الإعسار . وفى جميع الأحوال يجب أن ترسل صورة من الحكم بإنهاء حالة الإعسار إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك فى السجل العام الموجود بهذه المحكمة .

(الطريق الثانى) بقوة القانون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار . وتنص المادة ٢٦٢ مدنى على أنه « تنتهى حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم

---

(١) وقد يطلب إنهاء حالة الإعسار أحد الدائنين إذا كان دينه فى الأصل وشيك الحلول ، ثم حل هو وغيره من الديون المؤجلة بسبب شهر الإعسار ، فإذا انتهت حالة الإعسار بتوفية الديون الحالة رجعت الآجال إلى الديون المؤجلة . ولما كان أجل دينه وشيك الحلول كما قدمنا ، فإنه يستوفى الدين قبل غيره من أصحاب الديون المؤجلة . وقد يظفر به كاملا .

الصادر بشهر الإعسار»[١] . ومن ثم يكون أمام الدائنين خمس سنوات لتصفية أموال المدين . ولا يجوز أن يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة فى حالة الإعسار مغلولة يده عن التصرف فى أمواله . وبمجرد انقضاء الخمس السنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار تنتهى حالة الإعسار دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك . بل دون حاجة إلى التأشير بذلك على هامش التسجيل ، إذ يسهل على كل ذى مصلحة يبحث حالة المدين أن يحسب انقضاء الخمس السنوات المذكورة بمجرد اطلاعه على تاريخ تسجيل التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار[٢] .

٩٣٤ — ما يترتب على انتهاء حالة الإعسار : تزول جميع الآثار التى ترتبت على حالة الإعسار . فيعود للمدين حق التصرف فى أمواله . ولا يصبح معرضاً لعقوبة التبديد . وتنقطع النفقة التى قد تكون قدرت له . أما حقوق الاختصاص التى كان الدائنون قد أخذوها بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . فإنها تصبح نافذة فى حق الدائنين الذين استجدوا بعد انتهاء حالة الإعسار . ولكنها تبقى غير نافذة فى حق الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

وتنص المادة ٢٦٣ مدنى على أنه « يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التى كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق . بشرط أن يكون قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها »[٣]. فإن زال الإعسار بحكم قضائى بسبب قيام المدين

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٦٢ (مطابق) — الليبى لا مقابل — العراق ٢٧٨/٤ (يختلف فى أنه لابد من صدور حكم وفى أن المدة ثلاث سنوات بدلا من خمس) — اللبنانى لا مقابل .

(٢) ويبدو أنه يجوز . بعد انتهاء حالة الإعسار بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات ، شهر إعسار المدين بحكم جديد إذا توافرت الشروط اللازمة لشهر الإعسار . ويجوز كذلك ، بعد انتهاء حالة الإعسار بموجب حكم قضائى . إذا جدت ظروف جعلت شروط شهر الإعسار تتوافر مرة أخرى . استصدار حكم جديد بشهر إعسار المدين .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٦٣ (مطابق) — الليبى لا مقابل — العراق م ٢٧٩ (وينهى التقنين العراقى حالة الإعسار بطريقة تتفق مع توقيع الحجز بعد الحجر ، فالمدين يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجز ، ويحتفظ كل دائن بما يكون قد سبق له =

بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها ، فإن الديون الباقية التى لم توف ، والتى كانت آجالها قد سقطت بشهر الإعسار ، تعود إلى آجالها السابقة بناء على طلب المدين ، فتصبح ديوناً مؤجلة بمقاديرها الأصلية ، ولا تحل إلا بانقضاء آجالها انقضاء طبيعيا . وإن زال الإعسار بحكم قضائى بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بديونه الحالة والمؤجلة ، فالديون التى حل أجلها حلولا طبيعيا ، سواء ما كان منها حالا وقت شهر الإعسار أو ما حل بعد ذلك بانقضاء الأجل لا بسقوطه ، يجب الوفاء بها ولو جبراً على المدين . أما الديون التى لم يحل أجلها – وإنما كان الأجل قد سقط بشهر الإعسار – فهذه إذا كانت لم توف تعود إلى آجالها بناء على طلب المدين فتعود إلى مقاديرها الأصلية بشرط أن يكون المدين قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها . وإن زال الإعسار بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات ، ووفى المدين الديون التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها ، كان من حقه أن يطلب إرجاع الآجال السابقة للديون التى تكون آجالها قد سقطت بسبب شهر الإعسار ، فتعود هذه الديون مؤجلة بمقاديرها الأصلية .

وتنص المادة ٢٦٤ مدنى على أن « انتهاء حالة الإعسار بحكم أو بقوة القانون لا يمنع الدائنين من الطعن فى تصرفات المدين ولا من التمسك باستعمال حقوقه وفقاً للمواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٣ »[1] . وقد قدمنا أنه بانتهاء حالة الإعسار يعود للمدين حق التصرف فى ماله ، ولكن قد يقع أن هذا المدين الذى زالت حالة إعساره القانونى يبقى مع ذلك معسراً إعسارا فعليا[2]. فى هذه الحالة يصبح

= اتخاذه من إجراءات فردية . ولم يعرض التقنين العراقى لعودة الأجل الساقط ، ولكن ما عرض له التقنين المصرى من ذلك ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة) – اللبنانى لا مقابل .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٦٤ (مطابق) – الليبى لا مقابل – العراقى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) – اللبنانى لا مقابل .

(٢) ويتحقق ذلك إذا كان زوال حالة الإعسار القانونى قد تم بسبب وفاء الديون التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها ، فقد لا يكون عند المدين مال يكفى للوفاء بالديون التى عادت آجالها ، فيكون معسراً إعساراً فعليا . ويتحقق ذلك أيضاً إذا كان زوال حالة الإعسار القانونى قد تم بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات ، فقد يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة معسراً =

المدين خاضعا لأحكام كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية . فيجوز للدائنين أن يستعملوا حقوقه ، ويجوز لهم كذلك أن يطعنوا في تصرفاته بالدعوى البولصية . فإن الذى يشترط فى هاتين الدعويين هو الإعسار الفعلى دون الإعسار القانونى كما سبق القول . كما يجوز شهر إعسار المدين بحكم جديد إذا توافرت الشروط اللازمة (١) . ويخلص من ذلك أن المدين قد تتعاقب عليه حالتا الإعسار القانونى والإعسار الفعلى . فإن كان فى حالة إعسار قانونى خضع للنظام الخاص الذى بسطنا تفصيلاته فيما تقدم ، أما إذا كان معسراً فعليا فإنه يخضع للنظام العام الذى تسوده أحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية .

= إعساراً فعليا . بل إنه إذا كان زوال حالة الإعسار القانونى قد تم بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه الحالة والمؤجلة ، أى إذا زال الإعسار القانونى والإعسار الفعلى فى وقت واحد ، فإن المدين قد يعود إلى الإعسار الفعلى دون أن يشهر إعساره القانونى .

(١) انظر آنفاً فقرة ٩٣٣ فى آخرها فى الهامش .

الباب الثالث

أوصاف الالتزام

(Les modalités des obligations)

ترتيب البحث

٩٣٥ – الالتزام البسيط والالتزام الموصوف : عناصر الالتزام ثلاثة : (١) رابطة قانونية (juris vinculum) تربط المدين بالدائن . (٢) محل الالتزام (objet de l'obligation) وهو ما يلتزم المدين بأدائه للدائن . (٣) طرفا الالتزام (sujets de l'obligation) وهما الدائن والمدين .

والالتزام الذى بسطنا آثاره فى الباب السابق هو الالتزام فى صورته البسيطة فى كل عنصر من هذه العناصر الثلاثة : الرابطة القانونية فيه وجودها محقق ونفاذها فورى . وله محل واحد ، وكل من طرفيه واحد لايتعدد . ولكن قد يلحق الالتزام فى أحد هذه العناصر الثلاثة وصف (modalité) يكون من شأنه أن يعدل من هذه الآثار . فيكون الالتزام موصوفاً .

قد يلحق الوصف العنصر الأول – رابطة المديونية – فتعلق هذه الرابطة على شرط ويصبح وجودها أوزوالها غير محقق . ويسمى هذا الوصف بالشرط (condition) . أو يتراخى نفاذ الرابطة إلى أجل . ويسمى هذا الوصف بالأجل (terme) . فعندنا إذن لعنصر رابطة المديونية وصفان : الشرط والأجل .

وقد يلحق الوصف العنصر الثانى – المحل – فلا يكون واحداً بل يتعدد ، والتعدد إما أن يكون جمعيا (conjoint) أو تخييريا (alernatif) أو بدليا (facultatif) . فعندنا إذن لعنصر المحل أوصاف ثلاثة : وصف الجمع

فى الالتزام متعدد المحل . ووصف التخيير فى الالتزام التخييرى . ووصف البدل فى الالتزام البدلى .

وقد يلحق الوصف العنصر الثالث — طرفَىْ الالتزام — فيتعدد الدائن أو المدين (pluralité de sujets) . وتعدد كل من الدائن أو المدين قد يكون من غير تضامن . أو يكون بطريق التضامن (solidarité) . وقد يتعدد الدائن أو المدين فى التزام يكون غير قابل للانقسام (indivisible) . فعندنا إذن لعنصر طرفى الالتزام أوصاف ثلاثة : تعدد الطرفين فى غير تضامن . وتعددهما بطريق التضامن . وعدم القابلية للانقسام[1] .

٩٣٦ — موضوعات هذا القسم : فالكلام إذن فى أوصاف الالتزام يكون فى ثلاثة فصول متعاقبة :

الفصل الأول — فى الشرط والأجل .

الفصل الثانى — فى تعدد محل الالتزام : الالتزام متعدد المحل والالتزام التخييرى والالتزام البدلى .

الفصل الثالث — فى تعدد طرفى الالتزام : التعدد بغير تضامن والتعدد بطريق التضامن وعدم القابلية للانقسام .

الفصل الأول

الشرط والأجل

٩٣٧ — الفرق بين الشرط والأجل : الشرط هو أمر مستقبل غير

---

(١) والوصف أمر عارض (accidentel) يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفى هذا أركانه . فلو رفع عنه لارتفع دون أن يزول الالتزام ، بل يبقى دون وصف فى صورته البسيطة. فلو مس الوصف ركنا من أركان الالتزام لما كان أمراً عارضا ولزال الالتزام بزواله ، فلا يعتبر وصفاً . ويترتب على ذلك : (ا) أن السبب إذا لم يوجد فى الالتزام المجرد فليس هذا وصفاً ، إذ أن الأمر متعلق بركن فى الالتزام . (ب) أن العقود الزمنية — كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد — ليست عقوداً موصوفة ، لأن الزمن عنصر من عناصر المحل . والوصف لا يكون عنصراً فى الركن بل هو عنصر عارض كما قدمنا .

محقق الوقوع . يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله . فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط ، كان الشرط واقفاً . أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلا وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط ، فإن الشرط يكون فاسخاً .

والأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع . يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه . فإذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على حلول الأجل ، كان الأجل واقفاً . أما إذا كان الالتزام قد صار نافذاً فعلا وكان زواله هو المترتب على حلول الأجل ، فإن الأجل يكون فاسخاً .

فالفرق الجوهرى ما بين الشرط والأجل هو إذن تحقق الوقوع وعدم تحققه : كلاهما أمر يقع فى المستقبل . ولكن الأجل محقق الوقوع . أما الشرط فوقوعه غير محقق .

ونتناول فى فرعين متعاقبين الشرط والأجل .

الفرع الأول

الشرط (*)

(La condition)

٩٣٨ — قيام الشرط والآثار التى تترتب عليه : نبحث فى الشرط : (أولا) قيام الشرط . ونعنى بذلك : (١) مقومات الشرط (٢) نوعى الشرط

(*) مراجع : أوبرى ورو وبارتان وإسمان طبعة سادسة فقرة ٣٠٢ ص ٨٧ — ص ١٢٤ — بودرى وبارد طبعة ثانية ٢ فقرة ٧٤٣ — فقرة ٩٦٧ — بنكاز تكملة بودرى فقرة ٦٢٦ وما بعدها — بلانيول وريبير وجابولد طبعة ثانية ٧ فقرة ١٠٢٤ — فقرة ١٠٤٦ — بيدان ولاجارد طبعة ثانية ٨ فقرة ٧٢٣ — فقرة ٧٦٢ وفقرة ٨٨٧ — فقرة ٧٩٦ .

بارتان فى نظرية الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب رسالة من باريس سنة ١٨٨٧ — ليلوتر (**Leloutre**) رسالة من كان سنة ١٩٠٤ — دى لوان (**De Loynes**) فى الملكية المعلقة على شرط فاسخ رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ — إيجون (**Eygont**) فى الأثر الرجعى لتحقق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — تيودرسكو (**Théodoresco**) فى نظرية الشرط الإرادى فى عقود المعاوضة رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — فلدرمان (**Fildorman**) فى رجعية الشرط فى الاتفاقات رسالة من باريس سنة ١٩٣٥ .

الواقف والفاسخ (٣) المصدر المنشئ للشرط وأى الحقوق يلحقها وصف الشرط . (ثانيا) ما يترتب على الشرط بعد قيامه من آثار .

المبحث الأول

قيام الشرط

المطلب الأول

مقومات الشرط

٩٣٩ – مقومات أربعة : تنص المادة ٢٦٥ مدنى على ما يأتى : « يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » . وتنص المادة ٢٦٦ مدنى على ما يأتى : « ١ – لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام . هذا إذا كان الشرط واقفاً . أما إذا كان فاسخاً . فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم . ٢ – ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو للنظام العام . إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام » . وتنص المادة ٢٦٧ مدنى على ما يأتى : « لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم »(١) .

ويستخلص من هذه النصوص أن للشرط مقومات ثلاثة : (١) فهو أمر مستقبل . (٢) غير محقق الوقوع . (٣) وغير مخالف للنظام العام أو الآداب . وهناك مقوم رابع . هو أن الشرط أمر عارض إضافى يمكن تصور الالتزام بدونه . وهذه ظاهرة عامة فى أوصاف الالتزام (٢) . ولكننا آثرنا أن نذكرها فى الشرط لأهميتها بالنسبة إليه ، إذ هى التى تميز بين الحق المشروط والحق الاحتمالى .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٦٥ – ٢٦٧ (مطابق) – الليبى م ٢٥٢ – ٢٥٤ (مطابق) – العراقى ٢٨٥ – ٢٨٧ (موافق) – اللبنانى م ٨١ – ٨٧ (موافق) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٣٥ فى آخرها فى الهامش .

٩٤٠ — المقوم الأول — أمر مستقبل : يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلا . فإذا تعهد شخص بإعطاء جائزة لمن يعثر على شيء مفقود ، أو وعد الأب ابنه بأن يهب داراً له إذا تزوج ليهيئ له أمر سكناه . فكل من العثور على الشيء المفقود والزواج أمر مستقبل ، فيكون الالتزام بالجائزة أو بالهبة التزاما معلقاً على شرط ، إذ يتوقف وجوده على تحقق هذا الشرط . وإذا أوصى زوج لزوجته بدار تسكنها على أن تتفرغ لتربية أولادها منه فلا تتزوج بعده وإلا فسخت الوصية ، أو باع شخص أحد متجريه واشترط على المشترى أن يكون البيع مفسوخاً إذا نافسه فى المتجر الآخر الذى استبقاه ، فكل من الزواج والمنافسة أمر مستقبل . ومن ثم كان الالتزام المترتب على الوصية أو البيع معلقاً على شرط ، إذ يتوقف زواله على تحقق هذا الشرط .

فلابد إذن أن يكون الشرط أمراً مستقبلا . أما إذا كان أمراً ماضيا أو حاضراً فهو ليس بشرط . حتى لو كان الطرفان أو أحدهما يعتقد وقت التعامل أنه لا يزال أمراً مستقبلا . فلو أن الأب ، الذى تعهد لابنه بهبة الدار إذا تزوج ، كان وقت أن تعهد لا يعلم أن ابنه قد تزوج فعلا . فإن التزامه بهبة الدار يكون مع ذلك التزاما منجزاً غير معلق على شرط .

٩٤١ — المقوم الثانى — أمر غير محقق الوقوع : يجب أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع . وهذا الشك فى وقوع الأمر هو لب الشرط والصميم فيه . فإذا كان الأمر محقق الوقوع فإنه لا يكون شرطا . وكذلك لا يكون شرطاً الأمر مستحيل الوقوع [1] .

فالأمر المستقبل المحقق الوقوع لايكون شرطاً ، بل يكون أجلا كما سبق القول . فإذا أضاف الملتزم التزامه إلى موسم الحصاد ، كان الالتزام مقترناً بأجل.

---

(١) فإذا كان التعهد معلقاً نفاذه على حادث فى استطاعة كل من المتعاقدين أن يوجده أو يمنعه، لم يكن هذا الحادث شرطا (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٠٥ المحاكم ١٦ ص ٣٤٩٩ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٠) . والاتفاق على أن يكون ميعاد استحقاق الكمبيالة هو اليوم التالى لمغادرة سفينة الميناء ، هو اتفاق معلق على شرط لامضاف إلى أجل ، لأن مغادرة السفينة الميناء أمر لا يمكن البت فى وقوعه بتا مطلقاً (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٨ جريه ١٩٢٩ — ٤ — ٦) .

لا معلقاً على شرط . لأن موسم الحصاد فى المألوف من شؤون الدنيا لابد آت فالأمر هنا محقق الوقوع . ويكون الأمر المحقق الوقوع أجلا حتى لولم يكن موعد وقوعه محققاً كالموت ، فإذا التزم المشترى بأن يدفع للبائع ثمنا هو إيراد مرتب طول حياته . فقد جعل المشترى لالتزامه أجلا فاسخاً هو موت البائع . والموت أمر محقق وإن كان لايعرف متى يقع (١) .

كذلك لا يكون شرطاً الأمر مستحيل الوقوع . على أن تكون الاستحالة مطلقة . فالالتزام المعلق على شرط أن يعبر المشترط عليه المحيط سباحة ، أو على شرط أن يتزوج محرما . لا يكون التزاما قائما . لأنه علق على شرط مستحيل استحالة مطلقة . وهى استحالة مادية فى الفرض الأول واستحالة قانونية فى الفرض الثانى . أما إذا كانت الاستحالة نسبية فإنها لا تعيب الالتزام ، فإذا وعد شخص شخصاً آخر ممن لا يجيدون السباحة جائزة إذا عبر المانش سباحة ، لم تكن الاستحالة هنا إلا بالنسبة إلى المشترط عليه . لأن عبور المانش سباحة أمر غير مستحيل فى ذاته . فيكون الشرط صحيحاً .

وهناك شرط ممكن الوقوع . ولكن وقوعه يتعلق بإرادة أحد طرفى الالتزام . ذلك أن الشرط ، من حيث تعلقه بإرادة طرفى الالتزام . قد يكون لا علاقة له بهذه الإرادة أصلا . فهو شرط متروك للصدفة (condition casuelle) . مثل ذلك شرط وصول الطائرة سليمة إلى مطار الوصول . فهذا شرط صحيح . لأنه غير محقق الوقوع . وقد يكون شرطاً مختلطا (condition mixte) يتعلق بإرادة أحد طرفى الالتزام ويعامل خارجى معها كمجرد الصدفة أو إرادة الغير . وذلك كالزواج من شخص معين فهذا شرط متعلق بإرادة من اشترط عليه الزواج وبإرادة من اشترط الزواج منه . وهذا أيضاً شرط صحيح . لأنه أمر غير محقق الوقوع . وهو إذا تعلق بإرادة أحد طرفى

---

(١) على أن الموت قد يكون شرطاً إذا اقترن بملابسات تجعله غير محقق الوقوع فى نطاق هذه الملابسات . فإذا التزمت شركة التأمين على الحياة بأن تدفع مبلغ التأمين إلى المؤمن له بعد عشرين سنة ، أو إلى ورثته إن مات قبل ذلك ، فقد التزمت بدفع مبلغ التأمين إلى ورثة المؤمن له التزاما معلقاً على شرط واقف هو أن يموت المؤمن له قبل انقضاء عشرين سنة . فموت المؤمن له أمر محقق الوقوع فى ذاته ، ولكنه اقترن بملابسات جعلته غير محقق الوقوع إذ غير محقق أن يعيش المؤمن له عشرين سنة أو يموت قبل ذلك ، فيصبح الموت فى نطاق هذه الملابسات شرطاً لا أجلا .

الالتزام فإنه فى الوقت ذاته يتعلق بأمر خارج عن هذه الإرادة يجعل وقوعه محتملا ، لا محققاً ولا مستحيلا . وقد يكون الشرط متعلقاً بإرادة أحد طرفى الالتزام . وهو الشرط الإرادى (condition potestative) . وهو إما أن يكون شرطاً إراديا بسيطا (simplement potestative) أو شرطاً إراديا محضا (purement potestative) . فالشرط الإرادى البسيط يتعلق بإرادة أحد طرفى الالتزام ، ولكن هذه الإرادة ليست مطلقة بل هى مقيدة بظروفها وملابساتها ؛ فالزواج شرط إرادى (١) . ولكن إرادة من اشترط عليه الزواج ليست مطلقة إذ الزواج أمر تحوط به الظروف والملابسات الاجتماعية والاقتصادية . فالشرط هنا شرط إرادى بسيط ، وهو أيضاً صحيح لأنه غير محقق الوقوع . بقى الشرط الإرادى المحض ، وهذا إما أن يتعلق بمحض إرادة الدائن أو بمحض إرادة المدين . فإن تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطاً صحيحاً ، وكان الالتزام قائماً معلقاً على إرادة الدائن ، إن شاء تقاضاه وإن شاء أحل المدين منه . أما إن تعلق الشرط بمحض إرادة المدين ، فإن كان شرطاً فاسخاً ، كأن يلتزم المدين فى الحال ويجعل فسخ هذا الالتزام معلقاً على إرادته المحضة ، كان الشرط صحيحاً ، لأن الالتزام إنما علق زواله لا وجوده على محض إرادة المدين ، فهو إذن قد وجد وإنما استبقى المدين زمامه فى يده إن شاء أبقاه وإن شاء فسخه . وإن كان الشرط المتعلق بمحض إرادة المدين شرطاً واقفاً ، كأن يلتزم المدين إذا أراد أو إذا رأى ذلك معقولا أو مناسبا (٢) . فهذا شرط يجعل عقدة

---

(١) والمراد هنا الزواج فى ذاته أى الزواج من شخص غير معين . أما الزواج من شخص معين فقد قدمنا أنه شرط مختلط .

(٢) أما إذا التزم شخص على أن يكون الالتزام فى حدود معقولة ، فإن هذا الشرط لا يكون إراديا لأن تعيين الحدود المعقولة للالتزام يترك لتقدير القاضى . فإذا التزم صاحب المتجر لمستخدمه أن يمنحه آخر العام مبلغاً على أن يترك تقدير هذا المبلغ لصاحب المتجر يعينه وفقاً للمألوف وفى حدود معقولة ، لم يكن التزام صاحب المتجر معلقاً على شرط إرادى . وعند الخلاف يتولى القاضى تعيين الحدود المعقولة لتقدير هذه المنحة ، بل يجوز أن يعلق المدين ، فى عقد ملزم للجانبين ، وجود التزامه على محض إرادته ، مادام الالتزام المقابل متوقفاً على وجود الالتزام الأول ، لأن المدين فى هذه الحالة إذا شاء ألا يلتزم حرم من الالتزام المقابل ، فليس له إذن كامل الحرية فى أن يلتزم أو ألا يلتزم . وعلى هذا يكون بيع المذاق صحيحاً ، فالمشترى لا يلتزم بالثمن إذا شاء بمحض إرادته ، ولكنه إذا شاء ألا يلتزم حرم من المبيع .

الالتزام منحلة منذ البداية . إذ أن الالتزام قد علق وجوده على محض إرادة المدين ، إن شاء حقق الشرط ومن هنا يكون الشرط محقق الوقوع بمشيئة المدين ، وإن شاء جعله يتخلف ومن هنا يكون الشرط مستحيل الوقوع بمشيئة المدين أيضاً[١] . ومن ثم يكون هذا الشرط باطلا ، وهذا ما تقضي به المادة ٢٦٧ مدنى إذ تقول كما رأينا : « لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم »[٢] .

٩٤٢ — المقوم الثالث — أمر غير مخالف للنظام العام أو الآداب : وجب أن يكون الشرط غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

ومثل الشرط المخالف للنظام العام . ومن ثم يكون باطلا ولا يقوم الالتزام الذى علق عليه[٣] . الشرط القاضي على الزوجة ألا تتزوج بعد موت زوجها إذا كان الزوج مدفوعا فى هذا الشرط بعامل الغيرة والأثرة . أما إذا رمى إلى جعل زوجته بعد موته تتفرغ لتربية أولادها منه فلا يشغلها زوج آخر فالشرط صحيح والالتزام قائم . كذلك الشرط القاضي بألا يحترف الشخص المشترط عليه مهنة معينة يكون باطلا لمخالفته للنظام العام . ما لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشترط كأن تكون المهنة المحرمة مهنة وضيعة تزرى بالكرامة أو أن يكون المشترط قد أراد أن يحمى نفسه حماية مشروعة من منافسة المشترط

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطاً إراديا محضا متعلقاً بإرادة المدين . ومن ثم يكون باطلا . الاتفاق على ألا يأخذ الوارث حقه من التركة إلا بعد توقيع عقد القسمة من بين جميع الورثة . فإذ يمكن أن يمتنع أحد الورثة من توقيع عقد القسمة حتى يمنع على الوارث أن يأخذ حقه فى التركة (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٢٦) . وقضت أيضاً بأن اشتراط الوكيل بالعمولة أنه يشترى لحساب غيره ، وأنه يعلن اسم هذا الغير متى شاء ، يعتبر شرطاً إراديا محضاً ، ومن ثم يكون باطلا . فإذا لم يعلن الوكيل بالعمولة اسم الغير كان هو الملتزم شخصياً (استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢) .

(٢) ويمكن القول بعد ما قدمناه إن الشرط الإرادى المحض إذا تعلق بإرادة الدائن ، أو تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً فاسخاً ، أو تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً واقفاً فى عقد ملزم للجانبين ، فإنه يكون شرطاً صحيحاً . ولا يبطل الشرط الإرادى المحض إلا إذا تعلق بإرادة المدين ، وكان شرطاً واقفاً ، فى غير عقد ملزم للجانبين . وتقدير ما إذا كان الشرط هو هذا أو ذاك مسألة واقع لا معقب فيها على قاضى الموضوع . أما حكم الشرط بعد تعيين نوعه فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض .

(٣) وفى الشرط الفاسخ تفصيل سيأتى (انظر ما يلى فقرة ٩٤٥) .

عليه . وإذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن يكون أولادها من زوجها المسلم على دينها هي لا على دين زوجها وإلا كان لها حق الطلاق من زوجها ، فإن هذا الشرط باطل لمخالفته للنظام العام . وإذا اشترطت الزوجة المسلمة على زوجها ألا يطلقها . فإن الشرط باطل لمخالفته للنظام العام ، وللزوج بالرغم من هذا الشرط أن يطلق زوجته لسبب مشروع وفى غير تعنت(١) .

ومثل الشرط المخالف للآداب ، ومن ثم يكون باطلا ولا يقوم الالتزام الذى علق عليه(٢) . أن يلتزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط أن يقوم بعمل غير مشروع . وكذلك الحكم إذا التزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط ألا يرتكب الشخص الآخر جريمة معينة . أو بشرط أن يمحو آثار جريمة ارتكبها كان يعيد مخطوفاً أو يرد مسروقاً . فكل هذه شروط مخالفة للآداب لأنها جزاء مادى على القيام بالواجب . والواجب يتعين القيام به دون جزاء(٣) .

٩٤٣ – المقوم الرابع – أمر عارض : ومعنى أن الشرط أمر عارض أنه وصف يدخل على الحق بعد تمامه وتكامل عناصره . فلا يساهم الشرط فى تكوين الحق ذاته بل يضاف إليه بعد تكوينه . فيمكن إذن تصور قيام الحق بدون الشرط : والشرط إذا وجد أصبح الحق موصوفاً . وإذا لم يوجد فالحق يقوم بالرغم من ذلك لأنه استكمل عناصره ويكون حقاً غير موصوف أى حقاً بسيطاً منجزاً .

---

(١) ولكن يجوز للزوجة أن تشترط مبلغاً من المال تعويضاً لها عما يصيبها من الضرر إذا طلقها زوجها . وفى هذه الحالة ينظر إن كان الطلاق لغير سبب مشروع فالشرط صحيح ويجب دفع التعويض ، وإلا فالشرط باطل والتعويض غير مستحق . وشرط عدم تعدد الزوجات ، الذى قد تشترطه الزوجة على زوجها المسلم وإلا صارت مطلقة منه أو أعطاها تعويضاً ، شرط صحيح فى نظرنا وليس مخالفاً للنظام العام . ولكن لا يجوز أن تشترط الزوجة على زوجها المسلم ألا يتزوج غيرها وإلا كان الزواج الآخر باطلا أو كانت الزوجة الأخرى هى الطالقة .

(٢) وفى الشرط الفاسخ تفصيل سيأتى (انظر ما يلى فقرة ٩٤٥) .

(٣) هذا وإذا التزم شخص أن يدفع مبلغاً من المال إذا ارتكب هو عملا غير مشروع أو عملا منافيا للآداب . فإن الشرط يكون فى هذه الحالة صحيحاً . فهناك فرق بين أن يدفع شخص إلى القيام بالواجب عن طريق إعطائه مالا وبين أن يزجر عن عدم القيام بالواجب عن طريق تغريمه المال ، فالشرط فى الحالة الأولى باطل لمنافاته للآداب ، وهو فى الحالة الثانية صحيح لأنه لا ينافى الآداب فى شىء بل هو يقوم الأخلاق . بل إنه إذا قصد بإعطاء المال التشجيع على أداء الواجب ، فإن الشرط يكون صحيحاً ، كما إذا وعد شخص حارساً عنده بزيادة أجره إذا هو أحسن الحراسة .

ومن هنا يجيء التمييز بين الحق المشروط (droit conditionnel) والحق الاحتمالي (droit éventuel) . فالوصف في الحق المشروط أمر عارض يلحق الحق بعد تكامل عناصره كما قدمنا . أما الوصف في الحق الاحتمالي فأمر غير عارض لأن الحق الاحتمالي هو حق ينقصه عنصر من عناصر تكوينه والوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر . مثل الحق الاحتمالي حق الشفيع قبل أن يعلن إرادته في الأخذبالشفعة . إذ الشفيع قبل إعلان هذه الإرادة ليس له حق كامل بل مجرد حق احتمالي . ولا يصبح هذا الحق الاحتمالي كاملا إلا إذا أعلن الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة . فالحق الاحتمالي هنا قد نقصه عنصر من عناصر تكوينه هو إعلان هذه الإرادة . ولا يعتبر هذا الإعلان شرطاً ، بل هو عنصر من عناصر تكوين الحق كما قدمنا . ومثل الحق الاحتمالي أيضاً حق الموصى له قبل أن يموت الموصى وحق الوارث قبل أن يموت المورث ، وهنا كذلك لا يكون للموصى له أو الوارث إلا حق احتمالي قد نقصه عنصر من عناصر تكوينه هو موت الموصى أو المورث . ولا يعتبر هذا الموت شرطاً بل هو عنصر من عناصر تكوين الحق .

ونرى من ذلك أن هناك فرقين أساسيين بين الحق المشروط والحق الاحتمالي : (١) يمكن تصور قيام الحق المشروط كاملا دون الشرط إذ الشرط أمر عارض كما قدمنا . أما الحق الاحتمالي فحق ينقصه عنصر من عناصر تكوينه فلا يمكن تصور قيامه كاملا دون هذا العنصر . (٢) إذا تحقق الشرط في الحق المشروط كان لتحققه أثر رجعي كما سنرى . أما إذا استكمل الحق الاحتمالي عنصر التكوين الذي ينقصه فإنه يصبح حقاً كاملا دون أثر رجعي من وقت استكمال العنصر الناقص لا من وقت وجود الحق الاحتمالي .

المطلب الثاني

نوعا الشرط : الشرط الواقف والشرط الفاسخ

٩٤٤ — **الشرط الواقف** : إذا كان وجود الالتزام متوقفا على الشرط بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإذا تخلف لم يوجد . فإن الشرط يكون في هذه الحالة شرطاً واقفاً (condition suspensive) . مثل ذلك أن يعلق

الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج. فالزواج هنا شرط واقف. إذا تحقق وتزوج الابن فقد وجد التزام الأب بالهبة . وإذا تخلف الشرط ولم يتزوج الابن فإن التزام الأب بإعطاء الهبة لابنه لا يوجد .

وقد رأينا أنه إذا علق الالتزام على شرط واقف مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب ، فالشرط باطل والالتزام يعتبر غير قائم لأن وجوده معلق على شرط مستحيل أو غير مشروع فلن يتحقق هذا الشرط أو لاينبغى أن يتحقق . ورأينا كذلك أن الشرط الواقف إذا تعلق بمحض إرادة المدين[1]. فإن الالتزام لا يوجد .

٩٤٥ – الشرط الفاسخ : وإذا كان زوال الالتزام هو المتوقف على الشرط بحيث إذا تحقق الشرط زال الالتزام وإذا تخلف، أصبح الالتزام باتا . فإن الشرط يكون فى هذه الحالة شرطاً فاسخاً (condition résolutoire) . مثل ذلك نزول الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية كل قسط فى ميعاده . فالشرط هنا شرط فاسخ . إذا تحقق بأن تأخر المدين فى دفع الأقساط الباقية كل قسط فى ميعاده اعتبر نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن . وإذا تخلف بأن دفع المدين الأقساط الباقية فى مواعيدها أصبح نزول الدائن عن جزء من الدين باتا لايزول[2] .

---

(١) ولو يتضمنه عقد ملزم للجانبين (انظر آنفاً فقرة ٩٤١ فى الهامش) .

(٢) وقد تدق فى بعض الأحوال معرفة ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً . كما فى البيع المعلق على شرط موافقة الغير على البضاعة المبيعة ، فهل الشرط هنا واقف ولا يتم البيع إلا إذا وافق الغير على البضاعة ، أو هو شرط فاسخ وينفذ البيع فى الحال على أن يفسخ إذا لم يوافق الغير على البضاعة ؟ يرجع الأمر فى ذلك إلى تبين إرادة الطرفين . ويستخلص قاضى الموضوع هذه الإرادة من الظروف والملابسات . وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط القاضى بأن من يرسو عليه المزاد فى أطيان موقوفة تباع بقصد الاستبدال لايستحق الريع إلا إذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال يعد مشتريا بشرط واقف لا بشرط فاسخ (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤) .

ويلاحظ أن كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف . فمن التزم بهبة على أن تفسخ إذا رزق ولداً ثانيا كان مدينا بالهبة تحت شرط فاسخ ، فينفذ التزامه فوراً ويعطى الموهوب له الهبة . وكذلك الموهوب له يصبح مدينا تحت شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة إلى الواهب . فإذا رزق الواهب ولدا ثانيا فتحقق الشرط ، فإن تحققه كشرط فاسخ يزيل التزام الواهب بالهبة =

وقد رأينا أنه إذا علق الالتزام على شرط فاسخ مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب ، فإن الشرط يكون باطلا . أما الالتزام ذاته فالأصل أن يبقى ويعتبر التزاما باتا غير معلق على شرط ، لأن الشرط الفاسخ اعتبر كأن لم يكن لبطلانه فهو إذن لن يتحقق . على أنه إذا كان الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب(١) هو السبب الدافع إلى الالتزام ، فإن سقوطه يسقط الالتزام معه . فإذا التزم شخص بترتيب إيراد مدى الحياة لامرأة على أن تعاشره معاشرة غير شرعية ، وعلى أن يفسخ التزامه إذا هي انقطعت عن معاشرته ، كان الشرط الفاسخ هنا باطلا لمخالفته للآداب . فيسقط ويسقط معه الالتزام بترتيب الإيراد لأن الشرط هو الذى دفع المدين إلى التزامه (م ٢٦٦/٢ مدنى) . ورأينا كذلك أن الشرط الفاسخ إذا تعلق بمحض إرادة المدين فإنه لا يسقط الالتزام الذى ينفذ فوراً ، ويكون للمدين بعد ذلك الخيار فى إبقائه إذا شاء وفى إسقاطه فيزول .

المطلب الثالث

مصدر الشرط وأى الحقوق يلحقها وصف الشرط

٩٤٦ — *مصدر الشرط* : الشرط مصدره الإرادة ، فالملتزم هو الذى يتفق مع الملتزم له على أن يكون الالتزام معلقاً على شرط واقف أو على شرط

= فيستردها من الموهوب له ، وتحققه كشرط واقف يوجد التزام الموهوب له برد الهبة إلى الواهب فيردها إليه . وكذلك الحكم فى الحق العينى كحق الملكية إذا علق على شرط فاسخ . فإن الشيء الواحد يصبح له مالكان ، أحدهما مالك تحت شرط فاسخ والآخر مالك تحت شرط واقف ، والشرط الفاسخ بالنسبة إلى الأول هو نفس الشرط الواقف بالنسبة إلى الثانى . فإذا ما تحقق هذا الشرط فقد انفسخت ملكية الأول وقامت ملكية الثانى . أما إذا تخلف فقد سقطت ملكية الثانى وأصبحت ملكية الأول ملكية باتة .

(١) يتبين من نص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ مدنى أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلا فإنه يعتبر غير قائم ، ويبقى الالتزام باتا غير معلق على شرط . ولم تستثن الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ مدنى إلا الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام ، فيسقط الشرط والالتزام معاً . يبقى إذن الشرط المستحيل إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام . والظاهر أن الاستثناء الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ مدنى لا يشمله ، ومن ثم يبقى خاضعا للقاعدة العامة المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ مدنى . وينبنى على ذلك أن الشرط المستحيل يسقط ويبقى الالتزام باتا غير معلق على شرط ، حتى لو كان الشرط المستحيل هو الدافع إلى التعاقد .

فاسخ . بل إن الشرط يكون مصدره إرادة الملتزم وحدها إذا كان الالتزام نفسه هو وليد هذه الإرادة . فالملتزم بإرادته المنفردة كما يملك أن يلتزم التزاما منجزاً خاليا من أى شرط . يملك كذلك أن يعلق التزامه على شرط واقف أو فاسخ .

وهناك أوضاع قانونية يذهب بعض الفقهاء إلى أنها معلقة على شرط مصدره القانون . ويسوقون من الأمثلة على ذلك الوصية . فهى كما يقولون تصرف قانونى معلق بحكم القانون ذاته على شرط واقف هو أن يعيش الموصى له بعد موت الموصى . ولكن الشرط هنا ليس أمراً عارضا يلحق الحق بعد تكامل عناصره . بل هو عنصر من عناصر تكوين الحق ولا يتصور قيام الحق بدونه . فهو إذن ليس بشرط . والحق هنا ليس حقاً مشروطاً بل هو حق احتمالى[1] كما سبق القول .

فالشرط إذن ليس له مصدر إلا الإرادة . ولكنه وصف يلحق الحق نفسه لا الإرادة التى هى مصدره . ومن ثم يكون جزءاً من نظرية الالتزام فى ذاته لا من نظرية التصرف القانونى .

٩٤٧ — الحقوق التى يلحقها وصف الشرط : والشرط وصف يلحق الحق الشخصى كما قدمنا . وكذلك يلحق الحق العينى فيكون هذا الحق معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ .

على أن الحقوق التى يلحقها وصف الشرط هى الحقوق المالية . أما الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية . فهى غالبا لا تقبل التعليق على الشرط . فالزواج وما ينشأ عنه من حقوق الزوجية وواجباتها لا تقبل التعليق على الشرط . والحجر والإذن بالتجارة للصبى المميز والنسب . كل هذه تنشئ حقوقاً وحالات قانونية لا يرد عليها الشرط وصفاً .

---

(١) ومثل حق الموصى له حق الوارث لا يثبت إلا إذا مات المورث قبله . وحق الشفيع لا يثبت إلا إذا أظهر رغبته فى الأخذ بالشفعة . فهنا أيضاً ينقص الحق عنصر من عناصر تكوينه . وقد قدمنا أن هذه الحقوق حقوق احتمالية لا حقوق مشروطة (انظر آنفاً فقرة ٩٤٣) .

المبحث الثانى

ما يترتب على الشرط من الآثار

٩٤٨ — **التمييز بين مرحلتين** : يجب التمييز بين مرحلتين : (١) مرحلة التعليق . وهى المرحلة التى يكون فيها الشرط قائما لايعلم هل يتحقق أو يتخلف . ولذلك يكون الالتزام فيها معلقاً . (٢) مرحلة ما بعد التعليق . وهى المرحلة التى يتبين فيها مآل الشرط هل تحقق أو تخلف . ولتحققه آثار تختلف عن آثار تخلفه فى كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

المطلب الأول

أثر الشرط فى مرحلة التعليق

§ ١ — الشرط الواقف

٩٤٩ — **الحق المعلق على شرط واقف حق موجود** : تنص المادة ٢٦٨ مدنى على أنه « إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف . فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط . أما قبل تحقق الشرط . فلايكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيارى . على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه »(١) .

ويخلص من هذا النص أن الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود . وآية وجوده تظهر فيما يأتى : (١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالميراث وغيره من أسباب انتقال الحقوق . فالحق المعلق على شرط واقف يورث . ويجوز لصاحبه أن يوصى به . وأن يتصرف فيه بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف . (٢) يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يقوم

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٦٨ (مطابق) — الليبى م ٢٥٥ (مطابق) — العراقى م ٢٨٨ (موافق) — اللبنانى م ٩٣ — ٩٥ (موافق) .

بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه(١) كوضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وقيد الرهون وتجديد القيد وطلب الحكم بصحة التوقيع والتدخل في القسمة ووضع الحراسة على الأعيان ، بل يجوز له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية(٢) وقد سبق بيان ذلك .

٩٥٠ — ولكن الحق المعلق على شرط واقف حق غير بات وغير نافذ : ولكن الحق المعلق على شرط واقف ، بالرغم من أنه موجود ، حق غير بات وغير نافذ . ولا يصبح باتا نافذاً إلا إذا تحقق الشرط . ويترتب على ذلك ، كما تقول المادة ٢٦٨ مدني سالفة الذكر ، أن الحق المعلق على شرط واقف لا يكون قابلا للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري . فلا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يقتضي جبراً على المدين الدين المعلق على هذا الشرط . بل لا يجوز له أن يستعمل الدعوى البولصية فإن حقه غير مستحق الأداء . كذلك لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يتقاضى حقه اختياراً برضاء المدين . وإذا وفى المدين الحق باختياره كان هذا وفاء بغير المستحق . فإذا كان المدين قد وفى الحق وهو يعتقد أنه غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق جاز له استرداده وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق(٣) .

§ ٢ — الشرط الفاسخ

٩٥١ — الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود ونافذ : أما الحق

---

(١) ويجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يجري الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف ، ولا يجوز للمدين تحت شرط واقف أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط أو يزيد هذا الاستعمال صعوبة .

(٢) ويجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يدخل في التوزيع ، ويطلب أن يختص بمبلغ يقابل قيمة حقه مع حفظ هذا المبلغ في خزانة المحكمة وتعليق قبضه إياه على تحقق الشرط . ويجوز أن يوزع المبلغ على الدائنين التاليين ، بشرط أن يتقدموا بكفالة تضمن رده في حالة تحقق الشرط .

ولكن لا يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف حجز ما لمدينه لدى الغير ولا أن يقوم بأي حجز تحفظي آخر ، لأن حقه غير حال الأداء ولا محقق الوجود . كذلك لا يجوز للمالك تحت شرط واقف تطهير العقار المرهون ، ويجوز ذلك للمالك تحت شرط فاسخ إذ يعتبر التطهير عملا من من أعمال الإدارة كما سنرى .

(٣) ولا يسري التقادم المسقط بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط واقف ، إلا إذا أصبح نافذاً بتحقق الشرط . كذلك لا تقع المقاصة بين دين نافذ ودين معلق على شرط واقف .

المعلق على شرط فاسخ فهو حق موجود . وهو فى الوقت ذاته حق نافذ . فصاحب هذا الحق تملكه حقاً حالا . وله أن يقوم بأعمال الإدارة بالنسبة إليه . وأن يتصرف فيه باعتباره حقاً موجوداً نافذاً . وله أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو كرهاً . أى بطريق التنفيذ الاختيارى أو بطريق التنفيذ الجبرى . لأن الحق حال واجب الأداء(١) . ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يطهر العقار المرهون لأن التطهير من أعمال الإدارة(٢) . وأن يباشر دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية بالنسبة إلى العين التى يملكها تحت هذا الشرط .

٩٥٢ — ولكن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود على خطر الزوال : على أن الحق المعلق على شرط فاسخ معرض للزوال . وهو يزول فعلا بتحقق الشرط . فإذا كان الدائن تحت شرط فاسخ قد استوفى الدين من مدينه ثم تحقق الشرط . كان للمدين أن يسترد ما دفع(٣) .

المطلب الثانى

أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

٩٥٣ — مسائل للبحث : إذا انتهت مرحلة التعليق فإن مآل الشرط يتبين . فهو إما أن يتحقق أو يتخلف . وسواء تحقق أو تخلف فلكل من ذلك أثره . فى حالتى الشرط الواقف والشرط الفاسخ . ويكون لتحقق الشرط . واقفاً كان أو فاسخاً . أثر رجعى فى الكثرة الغالبة من الأحوال . فتكلم إذن فى المسائل الآتية : (١) كيف يتحقق الشرط أو يتخلف . (٢) أثر تحقق الشرط أو تخلفه فى حالتى الشرط الواقف والشرط الفاسخ . (٣) الأثر الرجعى لتحقق الشرط .

---

(١) وتقع المقاصة بين دين معلق على شرط فاسخ ودين آخر ، فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ زالت المقاصة وعاد الدين القديم إلى الوجود بأثر رجعى (انظر استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩) .

(٢) كما يستطيع أن يطلب القسمة إذا كانت العين شائعة ، فإذا تمت القسمة كانت نافذة فى حقه وفى حق المالك تحت شرط واقف فى حالة تحقق الشرط ، لأن القسمة كالتطهير إجراء من إجراءات الإدارة التى تبقى قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ .

(٣) ولا يستطيع صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ أن يأتى من الأعمال ما من شأنه أن يعوق الجانب الآخر — صاحب الحق المعلق على شرط واقف — من استعمال حقه إذا نفذ هذا الحق بتحقق الشرط .

§ ١ – كيف يتحقق الشرط أو يتخلف

٩٥٤ – العبرة بإرادة طرفى الالتزام فى تحقق الشرط أو تخلفه : ما دام الشرط مصدره الإرادة ، فإنه يتحقق أو يتخلف على الوجه الذى قصد إليه طرفا الالتزام . فإذا كان الشرط عملا يجب القيام به ، نظر القاضى هل قصد الطرفان أن يقوم به شخص معين بالذات كما إذا كان عملا فنيا لشخصية القائم به اعتبار ملحوظ . أو قصدا أن يقوم به أى شخص كما إذا كان عملا لا عبرة فيه بشخصية القائم به . وقد يكون الشرط هو تحقيق غاية . كما إذا كان زواجا اشترط على الدائن أن يعقده . فعلى الدائن أن يعقد الزواج حتى يتحقق الشرط ، وليس له أن يحتج بأنه قد بذل جهده لعقد الزواج ولكنه لم يوفق . كما قد يكون الشرط هو بذل عناية . فعند ذلك يجب على من يطلب منه بذل هذه العناية ألا يدخر وسعاً فى تحقيق الغرض المقصود . ولكن ليس عليه أن يحقق هذا الغرض .

وقد يحدد وقت معين لوقوع الشرط . كأن يعلق الملتزم التزامه على شرط أن يعود ابنه الغائب فى خلال ثلاث سنوات . فتكون هذه المدة أحد عناصر الشرط ولا يتحقق الشرط إلا إذا عاد الابن فى خلال هذه المدة . فإذا انقضت المدة دون أن يعود . أو أصبح من المؤكد ولو قبل انقضاء المدة أنه لن يعود بأن يموت مثلا . فقد تخلف الشرط(١) .

وقد يحدد وقت معين لعدم وقوع الشرط . كأن يعلق الملتزم التزامه على شرط ألا يولد له ولد فى خلال سنتين . فيتحقق الشرط إذا انقضت هذه المدة دون أن يرزق ولداً . بل إن الشرط يكون قد تحقق حتى قبل انقضاء هذه المدة

---

(١) وإذا كان الشرط غير مقترن بمدة محددة . بل كان مقتصراً على اشتراط عودة الابن الغائب ، فهو لا يتحقق إلا إذا عاد الابن . ولكنه يتحقق بعودة الابن فى أى وقت ، حتى لو كان ذلك بعد موت الملتزم ، فإن التزامه المعلق على شرط ينتقل إلى ورثته . ولا يتخلف الشرط فى هذه الحالة إلا إذا أصبح من المؤكد أن الابن الغائب لن يعود . ويكون ذلك إما بالتحقق من وفاته أو بانقضاء مدة طويلة تصبح معها وفاته أمراً يبلغ حد اليقين . ويجوز كذلك ، عند عدم تعيين مدة يتحقق فى خلالها الشرط ، أن يعين القاضى مدة معقولة ، مستخلصاً إياها من نية الطرفين ومن ظروف التعاقد وملابساته .

إذا أصبح مؤكداً أن الملتزم لن يولد له ولد ، بأن ثبت عقمه مثلا أو مات قبل انقضاء المدة[١] .

٩٥٥ — تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الخطأ : إذا أحرق المؤمن له من الحريق المكان الذي أمنه ، فإنه يكون قد حقق بخطأه الشرط الذي علق عليه استحقاقه لمبلغ التأمين ، فيرد سعيه عليه ، ولا يعتبر الشرط قد تحقق فلا يستحق مبلغ التأمين . وإذا تعهد شخص بترتيب إيراد لشخصين طول حياتهما على أن من يموت منهما قبل الآخر يرتد إيراده إلى صاحبه فيجمع هذا بين الإيرادين ، وقتل أحد هذين الشخصين الشخص الآخر ، فإنه يكون بذلك قد حقق بخطأه الشرط الذي يترتب على تحققه أن يرتد له إيراد الشخص المقتول ، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفاً ولا يرتد له هذا الإيراد[٢] . وإذا تعهد شخص لسمسار بأن يدفع له مبلغاً من النقود إذا وجد السمسار مشترياً بثمن معين لمنزل يملكه المتعهد ، ووجد السمسار هذا المشتري ولكن صاحب المنزل امتنع من بيعه ، فإن هذا يكون قد عمل على تخلف الشرط ، فيعتبر الشرط قد تحقق ، ويجوز للسمسار أن يطالب بالمبلغ الذي وعد به . وإذا علق عقد التأمين على دفع القسط الأول ، كان مبلغ التأمين مستحقاً إذا وقع الحادث المؤمن منه قبل دفع القسط الأول إذا ثبت أن التأخر في دفع هذا القسط كان ناجماً عن خطأ شركة التأمين نفسها ، ذلك لأن تخلف الشرط كان خطأ من المدين فيعتبر الشرط متحققاً ويكون مبلغ التأمين مستحقاً[٣] .

---

(١) وإذا كان الشرط غير مقترن بمدة محددة ، بل كان مقتصراً على ألا يولد للملتزم ولد ، فإن الشرط يتخلف إذا رزق الملتزم ولداً في أي وقت إلى أن يموت . فإذا مات دون أن يرزق ولداً فقد تحقق الشرط . ويتخلف الشرط أيضاً إذا أصبح من المؤكد ألا يولد له ولد بأن أصبح عقيماً مثلا أو ماتت الزوجة وكان الشرط أن يكون المولود منها .

(٢) ويقرب من ذلك الوارث إذا قتل مورثه ، فإنه لا يرث في الشريعة الإسلامية . وإن كان حق الوارث في الميراث ليس حقاً معلقاً على شرط بل هو حق احتمالي (انظر آنفاً فقرة ٩٤٣) .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص يتضمن هذه الأحكام ، فكانت المادة ٣٨٨ من هذا المشروع تجري على الوجه الآتي : « ١ — يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه . ٢ — لا أثر للشرط الذي تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذي له مصلحة في أن يتحقق » . ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة « لإمكان استخلاص حكمه من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ في الهامش) . =

ولا يطالب من الطرف ذى الشأن إلا أن يثبت أن الطرف الآخر قد حال بخطأه دون تحقق الشرط أو دون تخلفه. ولكن يجوز للطرف الآخر أن يثبت أنه بالرغم من خطأه فإن الشرط ما كان ليتحقق أو ما كان ليتخلف. وفى هذه الحالة لا يعتبر الشرط متحققاً أو متخلفاً ما دام الخطأ ليس هو السبب الحقيقى فى تخلفه أو فى تحققه.

§ ٢ – أثر تحقق الشرط أو تخلفه

٩٥٦ – الشرط الواقف: إذا تحقق الشرط الواقف. نفذ الالتزام المعلق عليه (م ٢٦٨ مدنى). وكان قبل تحقق الشرط غير نافذ كما رأينا. فيجوز إذن للدائن، بعد تحقق الشرط الواقف، أن ينفذ حقه اختياراً أو جبراً. ويعتبر الالتزام موجوداً. لا منذ تحقق الشرط فحسب. بل منذ نشوء الالتزام. وهذا هو الأثر الرجعى لتحقق الشرط وسيأتى بيانه.

أما إذا تخلف الشرط الواقف. فإن الالتزام الذى كان معلقاً على هذا الشرط ينمحى ويصبح كأن لم يكن. وهذا هو أيضاً الأثر الرجعى لتخلف الشرط[1]. وينبنى على ذلك أن المدين. إذا لم يكن قد وفى شيئاً من الالتزام

= بحذف النص، وهو يشترط أن تكون الحيلولة دون تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش، أصبح غير ضرورى أن تكون الحيلولة بهذا الطريق. بل يكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب من حال دون تحقق الشرط أو دون تخلفه، ولو لم يصل هذا الخطأ إلى درجة التعمد والغش. فإذا تعهد صاحب مصنع لموظفيه بأن يعطيهم تعويضاً عن مصروفات انتقالهم إلى المصنع إذا لم تنقلهم عربة المصنع الخاصة. فإن مجرد تأخر أحد الموظفين عن إدراك العربة الخاصة يكون خطأ، ويكون قد عمل على تحقيق الشرط بخطأ منه. فلا يستحق تعويضاً عن مصروفات انتقاله إلى المصنع بوسائله الخاصة. ويرجع ذلك إلى أنه حيث يكون هناك خطأ من الطرف الذى عمل على تخلف الشرط أو على تحققه، وجب عليه التعويض عن خطأه. وخير تعويض هو أن يعتبر الشرط الذى تخلف بخطأه قد تحقق. أو الشرط الذى تحقق بخطأه قد تخلف. فهذا هو التعويض العينى للخطأ الذى ارتكبه.

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أذن القاضى فى استبدال الوقف. فإن الاستبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة صيغة البدل الشرعية. ومن ثم فالتعاقد الحاصل بين وزارة الأوقاف وبين من يرسو عليه مزاد العين المراد استبدالها يعتبر معلقاً على شرط واقف هو توقيع هذه الصيغة. بحيث إذا تخلف هذا الشرط بأن رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل للراسى عليه المزاد. فإن التعاقد يصبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية. ولا يكون للراسى عليه المزاد، إذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل الشرعية وأوقعتها لغيره وانتقلت ملكية العقار إلى هذا الغير، =

كان غير ملزم بالوفاء أصلا . وإذا كان قد وفى شيئاً فإنه يسترده .

٩٥٧ — الشرط الفاسخ : إذا تحقق الشرط الفاسخ . فإن تحققه يزيل الالتزام المعلق عليه . ويعتبر هذا الالتزام كأن لم يكن بفضل الأثر الرجعي. ويقع ذلك بحكم القانون . دون حاجة إلى حكم أو إعذار . وإذا كان الدائن قد استوفى الدين وتحقق الشرط الفاسخ . فعليه أن يرده للمدين(١) . وإذا استحال الرد بغير سبب أجنبي كان عليه أن يعوض المدين عما أصابه من الضرر . أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي فقد انقضى الالتزام بالرد ولا محل للتعويض في هذه الحالة . وتسقط جميع التصرفات التي صدرت من المالك تحت شرط فاسخ . فإذا كان قد باع العين أو رهنها سقط البيع أو الرهن . ولكن تبقى أعمال الإدارة . كالإيجار وبيع الثمار والمحصولات والقسمة وتطهير العقار . بشرط أن يكون المالك تحت شرط فاسخ حسن النية فلا يتخذ من أعمال الإدارة ذريعة يتوسل بها إلى تعطيل حق الطرف الآخر إذا تحقق الشرط الفاسخ . وبشرط ألا يجاوز في الإدارة الحد المألوف فلا يعقد إجارة لمدة تجاوز ثلاث سنوات ولا يبيع إلا الموجود من المحصولات فيمتنع عليه بيع المحصولات المستقبلة لسنين قادمة . والسبب في بقاء أعمال الإدارة هو أن هذه الأعمال ضرورية ويجب القيام بها في وقتها المناسب . ويجب أن يكون لها من الاستقرار ما يكفل لها البقاء حتى يستطاع إجراؤها . وقد أوردت المادة ٢٦٨ مدني هذه الأحكام . إذ نصت على أنه : « ١ — يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام . ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه . فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض . ٢ — على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط(٢) » .

= أن يرجع على وزارة الأوقاف بضمان الاستحقاق طبقاً لأحكام البيع أو أن يطالبها بالتعويض على أساس فسخ العقد . ذلك أن الرجوع بضمان استحقاق البيع لا يكون إلا على أساس قيام عقد البيع . كما أن الفسخ لا يرد إلا على عقد كان له وجود (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣ ص ١٢٣) .

(١) والالتزام بالرد مبني على أساس دفع غير المستحق . فإنه لما تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعي تبين أن الشيء الذي دفعه المدين للدائن لم يكن مستحقاً فكان له الحق في استرداده .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢٦٩ (مطابق) — الليبي م ٢٥٦ (مطابق) — العراقي م ٢٨٩ (موافق) — اللبناني م ٩٧ و ٩٩ (موافق) .

وإذا تخلف الشرط الفاسخ ، فإن الالتزام الذى كان معلقاً عليه وكان على خطر الزوال يصبح باتا غير معرض للزوال ، وتصبح جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ هى أيضاً باتة غير قابلة للنقض . ويتم كل ذلك بمجرد تخلف الشرط الفاسخ ، دون حاجة إلى حكم أو إعذار . وقد رأينا ذلك فى حالة تحقق هذا الشرط .

§ ٣ – الأثر الرجعى لتحقق الشرط

٩٥٨ – تقرير مبدأ الأثر الرجعى – الأساس الذى يقوم عليه : تنص المادة ٢٧٠ مدنى على ما يأتى : « ١ – إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام ، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط . ٢ – ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه »[1] .

ويخلص من هذا النص أن للشرط أثراً رجعيا . فإذا تحقق استند أثره إلى وقت نشوء الالتزام . وقد ذهب بعض رجال الفقه الحديث إلى إنكار الأثر الرجعى للشرط ، إذ يرونه مجافيا للواقع ، ومعطلا لحرية تصرف المالك فى ملكه ، وضارا بالغير إذ يبقى على الدوام مهدداً بهذا الأثر الرجعى[2] . وقد عمدت بعض التقنينات الحديثة فعلا إلى إنكار أن يكون لتحقق الشرط أثر رجعى كما فعل التقنين المدنى الألمانى (م ١٥٨ و ١٦١ و ١٦٩) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧١ و ٢/١٧٤) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٧٠ (مطابق) – الليبى م ٢٥٧ (مطابق) – العراقى م ٢٩٠ (مطابق) – اللبنانى م ٩٥ – ٩٦ و ٩٨ – ٩٩ (متقارب) .

(٢) ويدعم هؤلاء رأيهم باعتبارات تاريخية وعملية . فمن الناحية التاريخية يستندون إلى أن القانون الرومانى لم يقرر مبدأ الأثر الرجعى للشرط كقاعدة عامة ، بل إن هناك نصوصاً وردت فى هذا القانون تتعارض مع الأثر الرجعى . أما من الناحية العملية فإن مبدأ الأثر الرجعى يدخل عليه من الاستثناءات ما يزيد على المبدأ ذاته . ثم إن تطبيقات هذا المبدأ يمكن تفسيرها بغير فكرة الأثر الرجعى . مثل ذلك الحكم القاضى بأن الحق المعلق على شرط واقف ينتقل إلى الورثة يفسره أن هذا الحق له وجود غير نافذ ، فينتقل بحالته هذه من المورث إلى الوارث ، فلا حاجة فى تفسير هذا الحكم إلى القول بالأثر الرجعى .

وقد استبقت التقنينات اللاتينية مبدأ الأثر الرجعي للشرط . وسار على نهجها التقنين المدني المصري . والواقع من الأمر أن فكرة الأثر الرجعي للشرط تستجيب في أكثر الأحوال لظروف التعاقد والنية المحتملة للمتعاقدين . ذلك أن المتعاقدين لا يعلمان وقت التعاقد ما إذا كان الشرط يتحقق أو لا يتحقق . ولو أنهما كانا يعلمان ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعلاه عقداً بسيطاً منجزاً . فيمكن إذن في كثير من الاطمئنان تفسير نيتهما على أنهما إنما أرادا أن يسندا أثر العقد إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق الشرط . ومن أجل ذلك لم يجعل المشرع مبدأ الأثر الرجعي من النظام العام . بل جعل للمتعاقدين الحق في أن يفصحا عن نيتهما ، فإن كانا لا يريدان أن يجعلا للشرط أثراً رجعيا فليس عليهما إلا أن يبينا ما أرادا . وعند ذلك لا يكون لتحقق الشرط أثر رجعي لأن النية الحقيقية للمتعاقدين قد تعارضت مع النية المحتملة ولا شك في أن الأولى تنسخ الثانية . ويستطيع المشرع أن يفترض أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى الأثر الرجعي إلا إذا ظهر العكس . كما فعل التقنينان الفرنسي والمصري . كما يستطيع أن يفترض أنهما أرادا الأثر الفوري إلا إذا ظهر العكس . كما فعل التقنينان الألماني والسويسري . والفروق العملية ما بين الطريقتين فروق محدودة . ولكن الأفضل التمشي مع النية المحتملة للمتعاقدين وجعل الأصل هو الأثر الرجعي إلا إذا ظهر العكس(١) .

وننظر الآن ما يترتب من النتائج على هذا الأصل . وما يرد عليه من الاستثناءات .

٩٥٩ — ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي لتحقق الشرط :

ومما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي للشرط :

١ — التصرفات التي تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط واقف تصبح عند تحقق الشرط نافذة منذ البداية . فلو أن مالكا لعين تحت شرط

(١) وكما يكون لتحقق الشرط أثر رجعي ، كذلك يكون لتخلفه أثر رجعي . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البيع معلقاً على شرط واقف وتخلف هذا الشرط ، ترتب على تخلفه عدم انعقاد البيع واعتباره كأن لم يكن . ولا يعيده إلى الوجود إجازة صاحب المصلحة في التمسك بانعدامه ، مادام أنه لم ينعقد أصلا منذ البداية نتيجة لإعمال الأثر الرجعي لتخلف الشرط الواقف (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦ ص ٤٩) .

واقف باع هذه العين أو رهنها ، ثم تحقق الشرط الواقف . فإنه يتحقق بأثر رجعي لا بالنسبة إلى المالك تحت شرط واقف وحده . بل أيضاً بالنسبة إلى المشترى منه أو المرتهن . ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشترى أو ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن . لامن وقت تحقق الشرط الواقف . بل من وقت التعاقد مع المالك .

٢ — وعلى العكس من ذلك لو أن مالكا تحت شرط فاسخ تصرف فى عقار ببيع أو رهن ، ثم تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى فاعتبر أنه لم يكن مالكا منذ البداية . فإن البيع الذى صدر منه أو الرهن يكون قد صدر من غير مالك . فلا تنتقل الملكية إلى المشترى ولا ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن .

٣ — إذا ارتهن دائن تحت شرط واقف عقاراً ضماناً لدينه وقيد الرهن قبل تحقق الشرط . فإن مرتبة الرهن تكون من يوم قيده لا من يوم تحقق الشرط ، إذ يعتبر الدين موجودا وقت قيد الرهن بفضل الأثر الرجعى لتحقق الشرط(١)

٩٦٠ — الاستثناءات من الأثر الرجعى لتحقق الشرط : قدمنا أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة بالرغم من تحقق الشرط الفاسخ(٢) . وتضيف المادة ٢٧٠ مدنى . كما رأينا . إلى ذلك استثناءات أخرى ثلاثة :

١ — إذا تبين من إرادة المتعاقدين أنهما استبعدا الأثر الرجعى : وقد قدمنا أن للمتعاقدين أن يستبعدا ، صراحة أو ضمنا ، كل أثر رجعى للشرط . ذلك أن الأثر الرجعى ذاته قائم على نيتهما المحتملة . فإذا تعارضت هذه النية مع النية الحقيقية فلاشك أن النية الحقيقية هى التى يعمل بها .

٢ — إذا كانت طبيعة العقد تستعصى على الأثر الرجعى : وأهم تطبيق

---

(١) ويقع كثيراً أن يكون عقد التأمين على الحياة معلقاً على شرط واقف هو دفع القسط الأول من التأمين . فإذا دفع المؤمن له هذا القسط تحقق الشرط بأثر رجعى . واعتبر عقد التأمين نافذاً من وقت التعاقد لا من وقت تحقق الشرط . فلو أن شخصاً أمن على حياته ثم مات قبل دفع القسط الأول ، ودفع هذا القسط من تركته ، فإن عقد التأمين يعتبر نافذاً قبل وفاة المؤمن له . ومن ثم يكون مبلغ التأمين مستحقاً . كذلك للدائن تحت شرط واقف ، إذا تحقق الشرط ، أن يطعن بالدعوى البولصية فى تصرفات مدينه ، حتى ما كان منها سابقاً على تحقق الشرط . فإن حقه يعتبر ، بفضل الأثر الرجعى ، موجوداً منذ الاتفاق عليه لا منذ تحقق الشرط . ومن ثم يعتبر سابقاً على تصرفات المدين .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٥٧ .

لذلك هو العقد الزمنى ، فإذا علق عقد الإيجار مثلا على شرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فما تم من العقد يبقى ولا يفسخ العقد إلا عن المستقبل . ذلك أن طبيعة الأشياء هنا تستعصى على الأثر الرجعى . إذ لا يمكن الرجوع فى الزمن .

٣ — إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبى قبل تحقق الشرط : فإذا كان الشرط واقفاً ، كما لو كان المالك لعين معينة قد باعها تحت شرط واقف وسلمها للمشترى فهلكت فى يده بسبب أجنبى قبل تحقق الشرط ، ثم تحقق الشرط ، لم يكن لتحققه هنا أثر رجعى . واعتبر البائع عاجزاً عن نقل ملكية المبيع وقت تحقق الشرط ، فيكون الهلاك عليه لا على المشترى[1] . وإذا كان الشرط فاسخا ، كما لو كان المشترى تحت شرط فاسخ تسلم العين المبيعة وهلكت فى يده بسبب أجنبى ، ثم تحقق الشرط الفاسخ ، فإن مقتضى الأثر الرجعى أن العين تعتبر عند هلاكها مملوكة للبائع فتهلك عليه . ولكن نص المادة ١/٢٧٠ مدنى صريح فى وجوب استبعاد الأثر الرجعى فى هذه الحالة ، فتهلك العين على المشترى لا على البائع .

الفرع الثانى

الأجل(*)

(Le terme)

٩٦١ — قيام الأجل والآثار التى تترتب عليه : نبحث فى الأجل .

---

(١) أما لو جعل لتحقق الشرط أثر رجعى من وقت البيع ، فإن الملكية تكون قد انتقلت وتم تسليم المبيع قبل هلاكه ، ويكون الهلاك على المشترى لا على البائع . هذا وقد فرضنا فى هذا المثال أن البائع سلم المبيع إلى المشترى قبل تحقق الشرط ، وهذا نادر فى العمل . والذى يقع غالبا أن المبيع يبقى فى يد البائع مادام الشرط الواقف لم يتحقق ، فإذا هلك المبيع بسبب أجنبى قبل تحقق الشرط ، فإن الهلاك يكون على البائع حتى لو كان لتحقق الشرط أثر رجعى ، لأن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع . وهذا بخلاف القانون الفرنسى ، فإن هلاك المبيع قبل التسليم يكون على المشترى فى هذا القانون ، فإذا كان البيع معلقاً على شرط واقف وهلك المبيع قبل تسليمه ، كان الهلاك على المشترى لو كان لتحقق الشرط أثر رجعى ، وعلى البائع لو لم يكن له هذا الأثر وهو الحكم الذى قرره التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٨٢) .

(*) مراجع : بنكاز تكملة بودرى ٢ فقرة ٦٢٠ وما بعدها — لاباتى (**Labattut**) فى نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ — ديڤو (**Deveau**) فى نظرة الميسرة فى التقنين المدنى =

بحثنا فى الشرط ، أمرين : (أولا) قيام الأجل . ونعنى بذلك كما عنينا فى الشرط : (١) مقومات الأجل (٢) نوعى الأجل الواقف والفاسخ (٣) المصدر المنشئ للأجل وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل . (ثانيا) ما يترتب على الأجل بعد قيامه من الآثار .

وسنسير ، بقدر الإمكان ، فى الأجل على نفس الترتيب الذى سرنا عليه فى الشرط ، حتى نتبين الموافقات بينهما والمفارقات .

المبحث الأول

قيام الأجل

المطلب الأول

مقومات الأجل

٩٦٢ — *مقومات ثلاثة* : تنص المادة ٢٧١ مدنى على ما يأتى : « ١ — يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع . ٢ — ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه » (١).

فللأجل مقومات ثلاثة : (١) هو أمر مستقبل كالشرط . (٢) وهو محقق الوقوع ، بخلاف الشرط فهو غير محقق الوقوع كما قدمنا . (٣) وهو أمر عارض يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفى عناصر تكوينه ، وهو فى ذلك كالشرط لأنه وصف مثله . وغنى عن البيان أن المقوم الرابع للشرط — وهو أن يكون

= والتشريعات المعاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — بونزييه (Ponsier) فى نظرة الميسرة رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧ — رولان تكسييه (Roland Texier) فى نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — لورانز (Lorans) فى نظرة الميسرة وتسوية الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — داترى (Datry) فى حلول الدين رسالة من ليون سنة ١٩٤٥ .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٧١ (مطابق) — الليبى م ٢٥٨ (مطابق) — العراقى م ٢٩١ (موافق) — اللبنانى م ١٠٠ (موافق) .

غير مخالف للنظام العام والآداب — لا يرد في الأجل . لأن الأجل ميعاد لا يتصور فيه إلا أن يكون مشروعاً .

٩٦٣ — المقوم الأول — أمر مستقبل : الأجل أمر مستقبل . وهو ميعاد يضرب لنفاذ الالتزام أو لانقضائه . ويكون عادة تاريخا معينا يختار في التقويم ، كما إذا تعهد المقترض بوفاء القرض في تاريخ معين أو تعهد المشترى بدفع الثمن على أقساط في مواعيد معينة(١) .

والأجل كالشرط لا يجوز أن يكون أمراً ماضيا أو حاضراً . فلو أن شخصاً ضرب أجلا لنفاذ التزامه قدوم أول قافلة من الحجيج . وكان يجهل أن القافلة قد قدمت فعلا قبل أن يلتزم . أو هي آخذة في القدوم وهو يلتزم . فإن التزامه لا يكون مقترنا بأجل . بل ينشأ منذ البداية التزاما منجزاً واجب الأداء في الحال . ولو عين الملتزم أجلا لتنفيذ التزامه موت شخص معين . ويكون هذا الشخص قد مات قبل ذلك دون أن يعلم الملتزم . فإن الالتزام ينشأ في هذه الحالة منجزاً حال الأداء .

٩٦٤ — المقوم الثاني - أمر محقق الوقوع : والأجل أمر محقق الوقوع ، لأنه ميعاد لابد واقع في المألوف من الحياة . وكون الأجل محقق الوقوع هو الفرق الجوهري ما بين الأجل والشرط . وعنه تتفرع الفروق الأخرى . فقد رأينا أن الشرط أمر غير محقق الوقوع . ومن ثم كان الحق المعلق على شرط حقاً غير مؤكد الوجود . ومن ثم أيضاً كان للشرط أثر رجعي . أما الأجل فأمر محقق الوقوع . فالحق المقترن بأجل حق مؤكد الوجود . وليس للأجل أثر رجعي .

على أنه إذا كان من الضروري أن يكون الأجل محقق الوقوع . فليس ضروريا أن يكون ميعاد وقوعه معلوما . فقد يكون هذا الميعاد مجهولا ، ومع ذلك يبقى الأجل محقق الوقوع (م٢/٢٧١ مدني) . ويسمى الأجل في هذه الحالة أجلا غير معين (terme incertain) . بالمقابلة للأجل المعين (terme certain) الذي يعرف ميعاد حلوله . والمثل المألوف للأجل غير المعين هو الموت . فهو أمر محقق الوقوع ولكن لا يدري أحد متى يأتي . فالتزام شركة

---

(١) وقد ينشأ الالتزام منجزاً . ثم يضاف إليه أجل فينقلب موصوفا ، ولكن الالتزام يبقى هو نفسه لم يتجدد .

تأمين على الحياة أن تدفع مبلغ التأمين عند موت المؤمن على حياته التزام مقترن بأجل واقف غير معين هو الموت . وإذا التزم المقترض أن يرد مبلغ القرض عند موته فيؤخذ من تركته . جاز ذلك . وكان التزامه برد القرض مقترنا بأجل واقف غير معين هو الموت[1] . ويمكن تصور أمثلة أخرى غير الموت للأجل غير المعين . فلو التزم شخص إلى أجل هو موعد رجوع القافلة الأولى من الحجيج كان هذا التزاما مقترنا بأجل غير معين . وإذا التزم أحد الموردين بتوريد الأغذية إلى مستشفى أو إلى مدرسة عند انتهاء بنائها فهذا أيضاً التزام مقترن بأجل غير معين إذ أن الانتهاء من البناء أمر محقق الوقوع في المعتاد من شؤون الحياة ولكن موعده غير معلوم على وجه التحقيق[2] . والتزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة (م ٢٧٢ مدنى) ينطوى على ضرب من الأجل الواقف . وهو أيضاً أجل غير معين . وسنعود إلى هذه المسألة بالتفصيل فيما يأتي[3] . والفرق بين الشرط والأجل غير المعين واضح . فالشرط أمر غير محقق الوقوع . أما الأجل غير المعين فأمر محقق الوقوع في ذاته ولكن ميعاد وقوعه وحده هو غير المحقق[4] .

---

(١) ولا يعتبر هذا تعاملا في تركة مستقبلة . فإن المقترض قد التزم في الحال وفي ماله الحاضر . حتى أنه لو أفلس أو أعسر أو أضعف التأمينات فسقط الأجل ، حل الدين ، وزاحم المقرض باقي الدائنين في مال المقترض الموجود وقت سقوط الأجل .

(٢) وقد يكون الأجل غير المعين موكولا تعيينه إلى إرادة الدائن . كما إذا اتفق على حلول الدين بعد إخطار الدائن المدين بثلاثة أشهر أو بسنة مثلا . فالأجل هنا غير معين ، ولا يتعين إلا بإخطار الدائن المدين وانقضاء المدة المحددة بعد الإخطار . ولكن التقادم يسرى في هذا الدين من وقت وجوده . لا من وقت حلول الأجل الموكول إلى إرادة الدائن ، وإلا كان غير قابل للتقادم . وكذلك الحال في السندات الواجبة الدفع عند التقديم (à vue) . والالتزام برصيد الحساب الجارى هو التزام مقترن بأجل غير معين . إذ أن الرصيد يحل أجله متى أبدى الدائن للرصيد رغبته في إقفال الحساب وقبض الرصيد (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٦ – ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣) .

وقد يكون الأجل المضروب أجلا ممتداً . كأن يلتزم صانع بأن يصنع أثاثا في خلال مدة معينة ، فالأجل هنا ليس يوما معينا بالذات ، بل ميعادا أقصاه يوم معين بالذات . فهو من هذه الناحية مجهول ميعاد الحلول . وإن كان الحد الأقصى لهذا الميعاد معلوما . ومثل هذا الأجل تمكن تسميته بالأجل التعجيلي . لأن الغرض منه تعجيل تنفيذ الالتزام وليس تأجيله (عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ١٧ – ص ١٨) .

(٣) انظر ما يلي فقرة ٩٦٦

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة . بأن الاتفاق الذى يؤخر حلول الدين إلى وقت =

٩٦٥ — المقوم الثالث — أمر عارض : والأجل . كالشرط وككل وصف آخر من أوصاف الالتزام . عنصر عارض لا عنصر جوهرى . وهو لا يقترن بالالتزام إلا بعد أن يستوفى الالتزام جميع عناصر تكوينه . ويأتى الأجل بعد ذلك عنصراً إضافيا يقوم الالتزام بغيره ويتصور بدونه . فبعد أن كان الأصل فى الالتزام أن يكون منجزاً واجب الأداء فى الحال وأن يبقى أثره دائما . إذا بالأجل يأتى أمراً عارضا ليعدل من ذلك . إما بأن يجعل الالتزام متراخى النفاذ إلى وقت معين . أو بأن يجعل الالتزام محدود البقاء غير دائم الأثر .

وقد درج الفقه على اعتبار العقود الزمنية كالإيجار مقترنة بآجال فاسخة . ولكننا إذا طبقنا القاعدة التى تقضى بأن الأجل إنما هو عنصر عارض فى الالتزام لا عنصر جوهرى . تبين أن العقد الزمنى لا يمكن أن يكون عقداً مقترنا بأجل لأن الأجل عنصر جوهرى فيه إذ هو محل التعاقد ذاته . ولا يصح أن يكون الوصف هو أحد العناصر الجوهرية فى العقد . يدل على ذلك أن العقد الزمنى إذا انعدم فيه الأجل فإنه يكون باطلا لانعدام المحل . ولو كان الأجل وصفا وكان باطلا لكان من الجائز أن يسقط الأجل ويبقى العقد كما هى الحال فى الشرط . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الأجل الفاسخ[١] .

= القيام بعمل متعلق بإرادة المدين يعتبر اتفاقا على أجل غير معين لا على شرط إرادى محض . ويجوز فى هذه الحالة للدائن أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته أو أن يعين القاضى للمدين وقتاً معقولا للقيام بهذا العمل (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩) . فإذا رهن مزارع قطنه عند أحد المصارف فى نظير مبلغ معجل من المال . على أن يبيع المصرف القطن فى الميعاد الذى يعينه المدين . لم يجز للمدين أن يسرف فى تأجيل ميعاد البيع . بل يجب عليه أن يعين للبيع ميعادا معقولا (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤ السابق الاشارة إليه) . وإذا وضع مهندس معمارى تصميما لبناء ، وعين وقت البدء فى هذا البناء ميعاداً لدفع باقى أتعابه ، فإن هذا يعتبر أجلا غير معين . ويحل هذا الأجل إذا بيعت الأرض التى كان مقدراً للبناء أن يشيد عليها . إذ أن بيع الأرض يتضمن حتما العدول عن هذا البناء . ومن ثم يحل ميعاد دفع باقى الأتعاب (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩ السابق الإشارة إليه) .

(١) انظر ما يلى فقرة ٩٦٧ .

المطلب الثانى

نوعا الأجل : الأجل الواقف والأجل الفاسخ

٩٦٦ – الأجل الواقف : إذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على حلول الأجل ، كان الأجل واقفاً (terme suspensif) . إذ هو يقف الالتزام عن أن ينفذ وعن أن يصبح مستحق الأداء إلى حين انقضاء الأجل . فالمقترض التزامه برد القرض مقترن بأجل واقف . وكذلك التزام كل من المستعير والمودع عنده برد العين المعارة أو المودعة التزام مقترن بأجل واقف . وإذا تعهد المشترى بدفع الثمن على أقساط كان التزامه مقترنا بآجال واقفة متعاقبة .

وتنص المادة ٢٧٢ مدنى على أنه « إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعاداً مناسبا لحلول الأجل ، مراعيا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه »[(١)] . والمفروض هنا أن المدين إنما ضرب أجلا للوفاء بدينه ولم يجعل الدين معلقا على شرط »[(٢)] ، فيكون قد قصد أن يفى بدينه على كل حال ، إما عند الميسرة ، أو عند الموت إذا لم يواته اليسار حال حياته . فالأجل هنا أجل غير معين ، وهو أقرب حادثين غير معينين ، اليسار أو الموت . ويجوز للدائن أن يطلب من القاضى تحديد موعد ليسار المدين[(٣)] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : المصرى ٢٧٢ (مطابق) – الليبى م ٢٥٩ (مطابق) – العراقى ٢٩٧ (مطابق) – اللبنانى م ١٠٣ (موافق – والنص خاص بعقد القرض ولكن يمكن تعميم حكمه) .

(٢) ذلك أنه يحتمل أن يكون قد قصد تعليق الوفاء بالدين على شرط الميسرة أو المقدرة ، وعند ذلك يصبح الوفاء بالدين معلقاً على شرط واقف ، وهو أمر غير محقق الوقوع ، فإذا أيسر المدين تحقق الشرط ووجب الوفاء . أما إذا لم يوسر طول حياته فقد تخلف الشرط وسقط الدين . وإذا قام شك فيما إذا قصد المدين ضرب أجل الوفاء أو أراد تعليق الوفاء على شرط ، فهناك رأى يذهب إلى أنه قصد الأجل لا الشرط لأن العقد يفسر عند الغموض بما يعطيه الأثر الأقوى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٤ – ص ١٢٥ – بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٩ – الوسيط للمؤلف ٣ فقرة ٥٤ ص ٨٦) . ولكن يمكن القول من جهة أخرى بأن نية المدين تفسر على أنه قصد الشرط لا الأجل تطبيقاً للقاعدة التى تقضى بأن العقد يفسر عند الشك لمصلحة المدين .

(٣) استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ .

فينظر القاضي في تحديد هذا الموعد لموارد المدين الحالية أي لما عنده من مال موجود فعلا . ولموارده المستقبلة أي لما يتوقع أن يكون عنده من موارد الكسب من عمل أو وظيفة أو مهنة . ثم يطلب القاضي من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بدينه ، وذلك بأن يقدم المدين وفاء الدين على كثير من مطالبه ، فإن لم يقدمه على حاجياته الضرورية فلا أقل من تقديمه على حاجياته الأخرى. فإذا عجز القاضي ، في أي وقت من حياة المدين ، عن تحديد موعد الوفاء بتعيين اليوم الذي يصبح فيه المدين موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه ، تربص به حتى الموت . فإذا مات المدين حل دينه حتما ، وقد مات معسراً فيشارك الدائن سائر الدائنين في استيفاء حقه من التركة مشاركة الغرماء[1] .

٩٦٧ — الأجل الفاسخ : رأينا أنه إذا كان نفاذ الالتزام مترتبا على حلول الأجل فالأجل واقف ، أما إذا ترتب على حلول الأجل انقضاء الالتزام لا نفاذه فالأجل يكون فاسخا (terme extinctif) . وإذا استعرضنا الأمثلة التي تورد عادة على أنها أمثلة للأجل الفاسخ نجدها واردة في العقود الزمنية ، فالمؤجر الذي يتعهد بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة الإيجار ، والعامل الذي يلتزم نحو رب العمل بأن يعمل مدة معينة ، ومن يتعهد بتوريد الأغذية لمدرسة أو لمستشفى مدة معينة ، ومن يتعهد بدفع إيراد لآخر مدى حياته ، كل هذه أمثلة لحقوق وردت في عقود زمنية ، وقد قدمنا أن العقد الزمني لا يمكن أن يقال عنه إنه مقترن بأجل فاسخ ، لأن الأجل عنصر جوهري فيه .

على أن هناك عقوداً تقترن بآجال فاسخة ولا تكون عقوداً زمنية ، وفي هذه العقود ليس الزمن عنصراً جوهريا بل عنصراً عارضا ، فيكون أجلا

---

(١) استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩ — ٣٠ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ — ومثل تعهد المدين بوفاء الدين عند الميسرة أو المقدرة تعهده بوفاء الدين عندما يشاء ، غير أن تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء يختلف عن التعهد الأول في أمرين : (أولا) في تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء لا يحل الدين إلا إذا شاء المدين دفعه حال حياته ، فإن لم يشأ لم يستطع القاضي تحديد ميعاد للوفاء ، ولا يحل الدين إلا بموت المدين . (ثانيا) قد يفسر تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء أنه إنما أراد أن يلتزم التزاما أدبيا لا التزاما مدنيا ، ففي هذه الحالة لا يجبر على الوفاء حيا ولا يؤخذ الدين من تركته بعد موته .

فاسخاً بالمعنى الصحيح . هذه العقود ليست كثيرة فى العمل كما هو الشأن فى العقود الزمنية . ولكنها موجودة إلى حد يبرر استبقاء الأجل الفاسخ إلى جانب الأجل الواقف . ونذكر من الأمثلة لهذه العقود ما يأتى : (١) إذا فتح مصرف لعميله اعتماداً بمبلغ معين لمدة سنة مثلا . فمبلغ الاعتماد هنا وهو محل العقد لا يقاس بالزمن أى بالسنة التى فتح لها الاعتماد . إذ هو مبلغ معين ثابت لا يتغير بتغير هذا الزمن فلا يزيد إذا زاد ولا ينقص إذا نقص . وفى رأينا أن العقد هنا ليس عقداً زمنيا إذ الزمن ليس عنصراً جوهريا فيه . ومع ذلك يقترن التزام المصرف بفتح الاعتماد بأجل فاسخ هو مدة السنة . فإذا انقضت هذه المدة انقضى التزام المصرف بفتح الاعتماد[1] . (٢) إذا تعهدت شركة بصيانة سيارة أو مصنع أو نحو ذلك من الآلات التى تحتاج إلى الصيانة لمدة سنة مثلا . على أن تتقاضى أجرها عن كل عملية من عمليات الصيانة . فإن الالتزام هنا يكون مقترنا بأجل فاسخ ليس عنصراً جوهريا فيه . مادامت الشركة تتقاضى أجرها لا بحساب المدة بل عن كل عملية تقوم بها[2] . (٣) إذا تعهدت شركة التأمين أن تؤمن . لمدة معينة . عدداً غير معين من الأخطار يمكن تعيينه شيئاً فشيئاً بإقرارات متتابعة من جهة المؤمن له . فقد اختلف فى تكييف هذا العقد . ومن رأى بعض الفقهاء أن العقد ليس عقداً زمنياً ، ومع ذلك فقد اقترن بأجل فاسخ[3] .

على أنه لا مانع من إطلاق تعبير « الأجل الفاسخ » على المدة فى العقود

---

(١) انظر عكس ذلك عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٤٧ – ص ٤٨ (مع أنه يسلم أن المدة فى هذا العقد ليست وظيفتها أن تحدد كم المبلغ الموضوع تحت تصرف العميل . فهو محدد فى ذاته بدون فكرة الزمن لا يزيد كمه ولا ينقص حسب طول المدة أو قصرها ، ولكنه يضيف : « إن وضع المبلغ تحت تصرف المعتمد طوال مدة العقد ، وإمكان هذا الأخير الاستفادة منه فى كل لحظة فى خلال مدة العقد هو الذى يحقق الفائدة التى يرجوها المعتمد من هذا العقد ، وتلك فائدة تقاس بالزمن تزيد معه إذ يزيد وتنقص معه إذ ينقص » . على أن المدة هنا ، وإن حققت فائدة للعميل ، إلا أنها فائدة عارضة . وليست عنصراً جوهرياً فى العقد لا يتصور العقد بدونها . فهى أقرب إلى أن تكون كالمدة التى يشترطها الصانع فى صنع الأثاث : مدة عارضة جبرية) .

(٢) قارن عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٣٨ – ص ٣٩ .

(٣) انظر عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٥٥ – ص ٥٦ والمراجع التى أشار إليها .

الزمنية، فى شىء من التجوز. فإن الأحكام لا تتغير سواء اعتبر الأجل الفاسخ فى العقود الزمنية أصلا أو اعتبر وصفاً.

المطلب الثالث

مصادر الأجل وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل

٩٦٨ — مصادر الأجل : للأجل مصادر ثلاثة : الاتفاق والقانون والقضاء.

ويغلب أن يكون مصدر الأجل هو اتفاق الطرفين. فيتفق البائع مع المشترى مثلا على تأجيل دفع الثمن إلى ميعاد معين أو على دفعه أقساطا فى مواعيد يتفق عليها. وقد يكون الاتفاق ضمنيا يستخلص من الظروف. كما إذا تعهد صانع بصنع أثاث معين دون أن يتفق على أجل لتسليم الأثاث. فالمفروض أن التزام الصانع بالتسليم مقترن بأجل واقف هو المدة المعقولة لصنع هذا الأثاث. ويلجأ القاضى فى تعيين هذه المدة، عند النزاع، إلى المألوف فى هذه الصناعة(١).

وقد يكون نص القانون هو مصدر الأجل. ويقع أن يحدد القانون الموت أجلا أو حداً أقصى للأجل. كما فعل فى الإيراد المرتب مدى الحياة فقد جعل له أجلا هو الموت (م١/٧٤١ مدنى). وكما فعل فى حق المنفعة فإنه ينقضى حتما بالموت إن لم ينقض قبل ذلك بانقضاء مدة معينة (م١/٩٩٣ مدنى). وحدد القانون كذلك الحد الأقصى للاتفاق على البقاء فى الشيوع. فنصت المادة ٨٣٤ مدنى على أن « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق. ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين.. ». وقد تصدر تشريعات استثنائية

---

(١) وقد تفرض الأكثرية الأجل الاتفاق على الأقلية فى بعض الحالات الاستثنائية. كما إذا اتفقت أغلبية دائنى التفليسة على تأجيل بعض ديون المفلس — ويصح أن يكون مصدر الأجل إرادة المدين المنفردة وليس اتفاقا بينه وبين الدائن، ويقع ذلك كثيراً إذا صدر من أحد العاقدين إيجاب وحدد لالتزامه بالبقاء عليه ميعادا أو استخلص هذا الميعاد ضمنا من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة (م ٩٣ مدنى). وفى هذه الحالة الأخيرة نرى أجلا فاسخا قد قام فى تصرف غير زمنى.

تمهل المدينين فى دفع ديونهم أو توقف الوفاء بالديون . ويكون ذلك عادة عقب نشوب حرب يكون من شأنها قلب الموازين الاقتصادية . أو عقب أزمات اقتصادية يخشى معها خراب المدينين إذا هم أخذوا بدفع ديونهم فى المواعيد المحددة . كما وقع ذلك فى التسويات العقارية التى صدرت بها تشريعات تنظمها .

وقد يكون القضاء هو مصدر الأجل . ويسمى الأجل القضائى فى الفقه بنظرة الميسرة (délai de grâce) . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « على أنه يجوز للقاضى . فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون . أن ينظر المدين إلى أجل معقول أوآجال ينفذ فيها التزامه . إذا استدعت حالته ذلك . ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » . ونظرة الميسرة أجل واقف يمنحه القاضى كما رأينا . ولكنه يختلف فى أحكامه عن أحكام الأجل الواقف بوجه عام . وبخاصة من ناحية مسقطات الأجل . ونساير التقنين المدنى فلا نبحث نظرة الميسرة هنا . بل عند الكلام فى انقضاء الالتزام بالوفاء . إذ يجب على المدين أن يفى الدين فى ميعاده إلا إذا نظره القاضى إلى أجل .

٩٦٩ — الحقوق التى يلحقها وصف الأجل : والأجل وصف يلحق بوجه عام الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء . فحق المنفعة مقترن بأجل فاسخ حده الأقصى هوالموت . وحق الحكر لا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة . غير أن هناك حقاً عينيا واحداً — هو حق الملكية — لا يجوز أن يقترن بأجل واقف أوفاسخ . ذلك أن طبيعة حق الملكية تقتضى أن يكون هذا الحق أبديا . بل هو يتأبد فى انتقاله من مالك إلى مالك ، فلا يصح أن يقترن بأجل فاسخ لأن هذا يتعارض مع أبديته ، ولا بأجل واقف إذ يقابل هذا الأجل أجل فاسخ فى الجهة الأخرى .

كذلك الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية لا تقبل الاقتران بالأجل ، كما لا تقبل التعليق على الشرط . فالزواج إلى أجل أومقترنا بأجل واقف لا يجوز . وكذلك الطلاق والحجر والإذن فى التجارة والحقوق المتولدة من النسب ونحو ذلك من الحقوق .

المبحث الثانى

ما يترتب على الأجل من الآثار

٩٧٠ — التمييز بين مرحلتين : يجب فى الأجل ، كما فى الشرط ، أن نميز بين مرحلتين : (١) المرحلة السابقة على حلول الأجل ، أى وقت قيام الأجل . (٢) ومرحلة حلول الأجل . وهذه المرحلة لا تحتمل إلا صورة واحدة هى أن يحل الأجل فعلا . ويختلف الشرط عن الأجل فى ذلك بأن مرحلة ما بعد التعليق تحتمل تحقق الشرط أو تخلفه ، لأن الشرط خلافا للأجل أمر غير محقق الوقوع .

المطلب الأول

الأثر قبل حلول الأجل

§ ١ — الأجل الواقف

٩٧١ — الحق المقترن بأجل واقف حق موجود بات : تنص المادة ١/٢٧٤ مدنى على ما يأتى : « إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف ، فإنه لا يكون نافذاً إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول »[١] . ويخلص من هذا النص أن الحق المقترن بأجل واقف هو حق موجود كالحق المعلق على شرط واقف ، بل هو أقوى وجوداً إذ الحق المعلق على شرط واقف حق غير بات الوجود[٢] ، أما الحق المقترن بأجل واقف فهو بات فى وجوده لأن الأجل أمر محقق الوقوع . ولكن الحق المقترن

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١/٢٧٤ (مطابق) — الليبى م ١/٢٦١ (مطابق) — العراقى م ١/٢٩٣ (موافق) — اللبنانى م ١٠٨ و ١١١ (موافق) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٥٠ .

بأجل واقف . وهو فى ذلك أيضا كالحق المعلق على شرط واقف[1] . حق غير نافذ كما سنرى . ويترتب على وجود الحق المقترن بأجل واقف من النتائج ما سبق أن رتبناه على وجود الحق المعلق على شرط واقف . ويزيد نتائج أخرى مستمدة من أنه بات الوجود .

فمن النتائج المستمدة من محض الوجود – والأجل فى ذلك كالشرط – ما يأتى : (١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالميراث والتصرف وغير ذلك من أسباب انتقال الحقوق . على الوجه الذى قررناه بالنسبة إلى الحق المشروط[2] . (٢) يجوز لصاحب هذا الحق أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه[3]. كوضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وقيد الرهون وتجديد القيد وطلب الحكم بصحة التوقيع والتدخل فى القسمة ووضع الحراسة على الأعيان[4] . بل يجوز له رفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية ، دون الدعوى البولصية لأن الحق غير مستحق الأداء .

ومن النتائج المستمدة من بتات الوجود – وفى هذا يزيد الأجل على الشرط – ما يأتى : (١) يسقط الأجل الواقف . فيصبح الالتزام حالا مستحق الأداء فوراً . إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره . أو أضعف المدين بفعله ما للدائن من التأمينات . أو لم يقدم ما وعد به من تأمين . على تفصيل سنذكره فيما بعد[5] . (٢) بل إن ضعف التأمينات بغير فعل المدين . أو الخشية من إفلاس المدين أو إعساره خشية تستند إلى سبب معقول . يكفى لإسقاط الأجل . ولجعل الالتزام حالا مستحق الأداء فوراً . إلا إذا قدم المدين تأمينا كافيا[6] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٩٥٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٤٩ .

(٣) ويجوز لصاحب الحق المقترن بأجل واقف أن يجرى الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف . ولا يجوز لمن عليه الحق أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال الحق عند حلول أجله أو يزيده صعوبة . وذلك كله على الوجه الوارد فى الحق المشروط (انظر آنفا فقرة ٩٤٩ فى الهامش).

(٤) ويجوز لصاحب الحق المقترن بأجل واقف أن يدخل فى التوزيع . بل إذا كان التوزيع نتيجة إفلاس المدين أو إعساره فإن الأجل الواقف يسقط ، ويستوفى الدائن حقه باعتبار أنه حال مستحق الأداء .

(٥) انظر ما يلى فقرة ٩٧٧ .

(٦) انظر ما يلى فقرة ٩٧٧ – وانظر المادة ١/٢٧٤ مدنى سالفة الذكر وهى تجيز للدائن ، كما رأينا . أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول .

٩٧٢ — ولكنه حق غير نافذ : وهذا ما تقرره المادة ٢٧٤/١ مدنى سالفة الذكر . ومن النتائج التى تترتب على عدم نفاذه إلى حين حلول الأجل ما يأتى : (١) لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين المؤجل قبل حلول الأجل . فإن هذا الدين لا يقبل التنفيذ الجبرى مادام الأجل قائماً[1] . ولذلك لا يقبل الدين المؤجل التنفيذ الاختيارى . فإذا أداه المدين قبل حلول الأجل اختياراً ولكن عن غلط معتقداً أن الأجل قد حل جاز له أن يسترده من الدائن . على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل . بشرط ألا يزيد ذلك على ما لحق المدين من ضرر طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . فإذا كان الدين الذى عجله المدين نقودا . التزم الدائن أن يرد الفائدة بالسعر القانونى أو الاتفاقى عن المدة التى كانت باقية لحلول الأجل (م ١٨٣ مدنى) . وغنى عن البيان أن المدين إذا دفع الدين المؤجل قبل حلول الأجل وهو عالم بقيامه . فإنه يعتبر متنازلا عن الأجل . والتنازل من مسقطات الأجل كما سنرى . فلا يسترد شيئا من الدائن فى هذه الحالة[2] .

§ ٢ — الأجل الفاسخ

٩٧٣ — الحق المقترن بأجل فاسخ حق موجود نافذ : فصاحب الحق المقترن بأجل فاسخ يملكه حقاً حالا . وله أن يقوم بأعمال الإدارة بالنسبة إليه . وأن يتصرف فيه بجميع التصرفات الجائزة . وتنفذ جميع تصرفاته فوراً ولكن فى حدود حقه إذ أن حقه محدود بالأجل فهو حق موقت ضرورة . ويستطيع الدائن بأجل فاسخ أن يتقاضى حقه من المدين طوعا أو كرها . أى بطريق التنفيذ الاختيارى أو بطريق التنفيذ الجبرى . وله أن يوقع حجزا ما للمدين

---

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا رفعت دعوى الوفاء بالدين قبل حلول أجله . ولكن حل الأجل فى أثناء نظر الدعوى دون أن يعرض المدين الوفاء . فلا محل للحكم برفض الدعوى لرفعها قبل الأوان (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٤٣) . والحكم يقرر مبدأ معقولا .

(٢) ولا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلا أن يوقع به حجزاً تحفظيا تحت يد مدين مدينه . ولا أى حجز تحفظى آخر . فإن الحجوز التحفظية تقتضى أن يكون الدين المحجوز به حال الأداء . ولا تقع المقاصة بين دين حال ودين مؤجل . ولا يسرى التقادم المسقط مادام الأجل قائما .

لدى الغير والحجوز التحفظية الأخرى . وأن يستعمل الدعوى البولصية ، وأن يحبس ما تحت يده للمدين حتى يستوفى حقه . ولما كان هذا الحق واجب الأداء ، فإن التقادم المسقط يسرى . بالنسبة إليه ، منذ نشوئه .

٩٧٤ – ولكن الحق المقترن بأجل فاسخ حق مؤكد الزوال : وفى هذا يختلف الحق المقترن بأجل عن الحق المعلق على شرط فاسخ ، فقد رأينا أن هذا الحق الأخير غير مؤكد الزوال ، بل هو حق موجود على خطر الزوال ، إذا لم يتحقق الشرط لم يزل وإذا تحقق الشرط زال[1] . أما بالنسبة إلى الحق المقترن بأجل فاسخ . فتقول الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤ مدنى : « ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى »[2] . وهذا هو المعنى الجوهرى للأجل الفاسخ ، فالحق المقترن به حق موقت بطبيعته ، وينتهى حتما بانتهاء الأجل . وينبنى على ذلك أن جميع تصرفات صاحب الحق المقترن بأجل فاسخ تكون مقيدة بحدود وهذا الحق كما قدمنا ، فهى موقتة مثله ، إذ لا يستطيع الشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما له .

المطلب الثانى

الأثر عند حلول الأجل

§ ١ – كيف يحل الأجل

٩٧٥ – أسباب ثلاثة لحلول الأجل : يحل الأجل بأحد أسباب ثلاثة : (١) بانقضائه (٢) أو بسقوطه (٣) أو بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه .

٩٧٦ – حلول الأجل بانقضائه : أول سبب لحلول الأجل – واقفاً كان الأجل أو فاسخاً – هو انقضاؤه . وهذا هو السبب الطبيعى المألوف . فإذا كان الأجل أمراً مرتقبا ، كرجوع القافلة من الحجيج وقد رجعت فى يوم معين ، فإن الأجل يحل برجوعها فى هذا اليوم . ولكن الأجل ، أكثر ما يكون تاريخ فى التقويم كما قدمنا . فإذا حدد يوم معين – يوم أول يناير سنة ١٩٦٧

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٩٥٢ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٧٤/٢ (مطابق) – الليبى م ٢٦١/٢ (مطابق) – العراقى م ٢٩٣/٢ (موافق) – اللبنانى م ١١٧ – ١١٨ (موافق) .

مثلا – فإن الأجل يحل فى هذا اليوم بالذات . ولكن يحدث أن يحدد الأجل بوقت معين ينقضى من وقت وقوع أمر معين ، كعشرة أيام من وقت بيع القطن ، فلا يحسب اليوم الذى بيع فيه القطن وتعد عشرة أيام من بعده ، وعند انتهاء اليوم العاشر يحل الأجل ، ويحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية . وكذلك يكون الحساب إذا جعل الأجل أياما . كما إذا كان الدين مؤجلا إلى عشرين يوما من وقت نشوئه . أما إذا كان الميعاد بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين ، فإن الأجل ينقضى بانقضاء اليوم الذى يتفق فى اسمه (الأحد مثلا) أو فى تاريخه (أول مارس مثلا) مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد . بعد حساب عدد الأسابيع أو الشهور أو السنين . فإذا جعل الأجل مثلا ثلاثة أسابيع تبدأ من الخميس الثانى من شهر مارس ، كان موعد انقضائه الخميس الأول من شهر أبريل أو الخميس الأخير من شهر مارس بحسب الأحوال[1] . وإذا جعل ثلاثة أشهر تبدأ من ٢٠ فبراير ، كان موعد انقضائه ٢٠ مايو . وإذا جعل ثلاث سنوات تبدأ من ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ . كان موعد انقضائه ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٢ . وإذا كان الأجل شهرين يبدآن من ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ . انقضى فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ . لأن اليوم المقابل لليوم الذى بدأ فيه سريان الميعاد لا نظير له فى الشهر الأخير . وعلى هذا ينقضى الميعاد فى آخر يوم من فبراير أى فى اليوم التاسع والعشرين لوقوع هذا الشهر فى سنة كبيسة . وإذا كان الأجل نصف شهر . اعتبرت مدته خمسة عشر يوما أيا كان عدد أيام الشهر . فإذا جعل الأجل نصف شهر يبدأ من منتصف ليلة أول فبراير ، اعتبر منقضيا فى منتصف ليلة ١٥ فبراير . وإذا جعل بدء سريان هذا الأجل منتصف ليلة ٢٠ مارس انقضى فى منتصف ليلة ٤ أبريل .

٩٧٧ – حلول الأجل بسقوط : تنص المادة ٢٧٣ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « يسقط حق المدين فى الأجل : ١ – إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون . ٢ – إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص . ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا

---

(١) أى بحسب ما إذا كان الخميس الثانى من شهر مارس يقع بعد يوم ١٠ من هذا الشهر فينقضى الأجل يوم الخميس الأول من شهر أبريل ، أو يقع قبل ذلك فينقضى الأجل يوم الخميس الأخير من شهر مارس .

ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه . فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا . ٣ – إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات[1]». والمفروض هنا أن الأجل أجل واقف .

١ – فالأجل الواقف يسقط بشهر إفلاس المدين أو إعساره . ومنذ نظم التقنين المدنى حالة الإعسار كما رأينا . أصبح من اليسير تطبيق الحكم القاضى بإسقاط الأجل فى حالة الإعسار كما يطبق الحكم القاضى بإسقاط الأجل فى حالة الإفلاس . ويلاحظ أن المادة ٢٥٥ مدنى تقضى . عندما يحل الدين بشهر الإعسار . بخصم مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل . وتقضى كذلك بأنه « يجوز للقاضى أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه . بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة . كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة. إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا » ، وقد تقدم بيان ذلك[2]. ومجرد الإعسار الفعلى لا يكفى لإسقاط الأجل ، بل لابد أن يكون الإعسار إعساراً قانونيا قد شهر وفقاً للإجراءات التى قررها القانون فى هذا الصدد .

٢ – ويسقط الأجل الواقف أيضاً بإضعاف التأمينات. ويشترط أن يكون للدين المؤجل تأمين خاص[3] أيا كان مصدره . فقد يكون المصدر هو نفس العقد الذى نشأ منه الدين المؤجل كرهن رسمى أو رهن حيازة ، وقد يكون المصدر عقدا لاحقاً لعقد الدين بأن اتفق الدائن مع مدينه بعد ثبوت الدين على رهن لضمانه. وقد يكون المصدر هو القانون كحق امتياز[4]. ثم لابد أن يكون

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى: السورى م ٢٧٣ (مطابق) – الليبى م ٢٦٠ (مطابق) – العراقى م ٢٩٥ (موافق : وتنص المادة ٢٩٦ مدنى عراقى على أن الدين المؤجل يحل بموت المدين إلا إذا كان مضمونا بتأمينات عينية . أما فى التقنين المدنى المصرى فلا يحل الدين المؤجل بموت المدين إلا فى نظام تصفية التركة) – اللبنانى م ١١٣ – ١١٤ (موافق) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٣١ .

(٣) فلا يكفى أن يضعف المدين الضمان العام للدائنين بأن يتصرف فى بعض ماله (استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥١) ، ولو إلى حد الإعسار ، فإن علاج ذلك هو أن يطلب الدائن شهر إعسار المدين . فإذا شهر الإعسار سقط الأجل .

(٤) وذلك فيما عدا حقوق الامتياز العامة فهذه تشمل جميع أموال المدين، فلا يستساغ –

هذا التأمين قد ضعف إلى حد أن أصبح أقل من قيمة الدين . أما أن يضعف ضعفاً يسيراً مع بقائه كافيا لضمان الدين كفاية ملحوظة فذلك لا يبرر سقوط الأجل[1] . فإذا توافر هذان الشرطان – وجود تأمين خاص وإضعاف هذا التأمين إلى حد كبير – وجب أن نميز بين فرضين : (١) فإما أن يكون هذا الإضعاف قد حدث بخطأ المدين ولو عن غير عمد[2] . وفى هذه الحالة يسقط الأجل ، إلا إذا اختار الدائن أن يطالب المدين بتكملة التأمين حتى يبلغ ما كان عليه قبل إضعاف المدين له . فإذا اختار الدائن تكملة التأمين وأكمله المدين بقى الأجل على حاله ولم يسقط ، أما إذا لم يختر تكملة التأمين فإن الأجل يسقط

= أن يحرم المدين من التصرف فى جميع أمواله – هذا ولا يتصور أن يكون التأمين الخاص حق اختصاص مصدره القضاء ، فإن المفروض أن الدين مؤجل ، والدين المؤجل لا يمكن أن يضمنه حق اختصاص ، إذ حق الاختصاص لا يؤخذ إلا بموجب حكم واجب التنفيذ وهذا يفترض حتما أن الدين واجب الأداء .

(١) فيعد إضعافا للتأمين أن يهدم المنزل المرهون (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥) . ولا يعد إضعافا للتأمين أن يرتب المدين على العين المرهونة لضمان الدين المؤجل رهنا ثانيا لضمان دين آخر ، حتى لو قيد الرهن الثانى قبل قيد الرهن الأول بإهمال الدائن ذى الدين المؤجل ، لأن إهماله لا فعل المدين هو الذى أضعف التأمينات . ومن حق المدين أن يرهن العين المملوكة له مرة ثانية وثالثة إلخ . ولكن إذا تواطأ المدين مع الدائن المرتهن الثانى ليعجل هذا قيد رهنه قبل قيد الرهن الأول ، كان هذا إضعافا للتأمينات بفعل المدين بل بغشه وتواطئه ، فيسقط الأجل . ولا يعد إضعافاً للتأمين أن يبيع المدين العقار المرهون رهنا رسميا لضمان الدين المؤجل ، إلا إذا عمد المشترى إلى التطهير فلا يحصل الدائن المرتهن ذو الدين على كل حقه فيكون التطهير سببا فى إضعاف التأمين ويكون إضعاف التأمين سببا فى إسقاط الأجل . ولا يعد إضعافا للتأمين أن يزرع المدين الأرض المرهونة قطنا مرة كل سنتين مخالفا بذلك ما جرت به العادة من زرعها مرة كل ثلاث سنوات . وبخاصة إذا كانت قيمة الأرض تغطى الدين إلى مدى بعيد (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٧٧) .

(٢) ويعتبر المدين قد أضعف بخطأه التأمين الخاص إذا هو أدخل فى طريقة استغلال العقار المرهون تعديلا من شأنه أن ينقص كثيراً من قيمة العقار . وإذا كان التأمين الخاص رهنا رسميا على جزء شائع من عقار ، وفى أثناء القسمة رسا مزاد العقار كله على الشريك الآخر غير المدين الراهن ، فإن الرهن فى هذه الحالة يزول ولكن لا يعتبر أنه قد زال بفعل المدين إلا إذا كان المدين هو الذى طلب القسمة ، أو كان عنده سبب جدى لمعارضتها ولم يتقدم به ، أو كان قد تواطأ مع شريكه ليصل إلى هذه النتيجة . أما إذا كان لم يفعل شيئاً من ذلك ، فإن زوال الرهن لا يكون بفعله بل يكون لسبب لا دخل لإرادته فيه ، وتطبق الأحكام التى تتفق مع هذه الحالة وسيأتى ذكرها (انظر ما يلى بنفس الفقرة) .

وبحل الدين[١] . ومن ثم يكون التزام المدين فى هذه الحالة التزاما تخييريا ، الخيار فيه للدائن . (ب) أن يكون إضعاف التأمين الخاص يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فهو لم يحدث بخطأ منه بل حدث بفعل أجنبي أو بقوة قاهرة أوحادث فجائى[٢] ، وفى هذه الحالة يسقط الأجل أيضاً جزاء على ضعف التأمينات إلى هذا الحد الكبير[٣] ، إلا إذا اختار المدين أن يقدم للدائن تأمينا كافيا لدينه . فالالتزام هنا تخييرى أيضاً ، ولكن الخيار فيه للمدين لا للدائن ، والمطلوب من المدين تقديم تأمين كاف وليس تكملة التأمين الأصلى كما فى الحالة السابقة . ويبرر أن الخيار هنا للمدين ، وأنه لا يطلب منه تكملة التأمين الأصلى بل الاقتصار على تقديم تأمين كاف[٤] ، أن ضعف التأمينات لم يحدث بخطأ منه كما هو الأمر فى الحالة الأولى ، بل حدث بسبب أجنبى[٥] .

٣ — ويسقط الأجل الواقف أيضاً لعدم تقديم المدين لتأمين وعد به . وهنا يسقط الأجل بخطأ المدين ، إذ يكون قد التزم للدائن بتقديم تأمين خاص[٦]

---

(١) وإذا كان الدين لا ينتج فوائد ، لم ينتقص منه ما يقابل الأجل بالسعر القانونى ، لأن سقوط الأجل هنا كان بسبب خطأ المدين . أما إذا كان مبلغ الدين يتضمن رأس المال مضافا إليه فوائده مدة الأجل ، وسقط الأجل بإضعاف المدين للتأمينات ، فإن الفوائد عن المدة التى سقطت من الأجل تخصم من مبلغ الدين ، حتى لا يجمع الدائن بين الانتفاع بالمدة التى سقطت من الأجل وبين الفوائد عن هذه المدة نفسها .

(٢) وإذا كان إضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه ، كما إذا كان دائنا مرتهنا رهن حيازة وأتلف العين المرهونة ، فغنى عن البيان أن الأجل لا يسقط لأن الدائن هو المسئول عن إضعاف التأمينات ، بل يجوز للمدين أن يرجع عليه بتعويض إذا كان له محل .

(٣) فيحل الدين لسقوط الأجل ، وإذا كان لا ينتج فوائد انتقص منه ما يقابل الأجل بالسعر القانونى ، لأن سقوط الأجل لم يكن بخطأ المدين .

(٤) فقد يكون التأمين الأصل تزيد قيمته كثيراً على الدين ، فلا يطلب من المدين أن يبلغه الحد الذى كان عليه ، بل يكفى أن يبلغه حداً يجعله تأمينا كافيا ولو لم يصل إلى حد التأمين الأصلى .

(٥) انظر فى تطبيق تشريعى لهذه الأحكام ، مع خلاف فى بعض التفصيلات ، المادة ١٠٤٨ مدنى بالنسبة إلى الرهن الرسمى والمادة ١١٠٢ مدنى بالنسبة إلى رهن الحيازة .

(٦) وإذا وعد المدين بتقديم تأمين معين — رهن مثلا — لم يستطع بإرادته وحده أن يحل محله تأميناً آخر ولو كان كافيا أو معادلا ككفالة . وإذا وعد بتقديم شخص معين كفيلا ، لم يستطع كذلك أن يقدم شخصاً آخر ولو كان مليئا مثله .

ثم أخل بهذا الالتزام(١) . ويستطيع المدين ، بعد سقوط الأجل وحلول الدين واستصدار حكم به واجب التنفيذ ، أن يحصل بموجب هذا الحكم على حق اختصاص على عقارات المدين يحل محل التأمين الخاص الذى كان المدين قد وعده به دون أن يفى بوعده .

ويلاحظ أن الدائن ذا الحق المؤجل ، حتى لو لم يكن له تأمين خاص ولم يكن موعودا بهذا التأمين ، له أن يطالب المدين بتأمين خاص إذا خشى إفلاسه أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول (م ١/٢٧٤ مدنى) . فيكون المدين فى هذه الحالة ملزماً بحكم القانون بتقديم تأمين خاص ، فإذا لم يقدمه سقط الأجل وحل الدين(٢) . فالالتزام بتقديم تأمين خاص يكون مصدره إذن الاتفاق أو القانون ، ويكون مصدره القانون فى الحالة التى نحن بصددها . وأيا كان مصدره ، فإن الإخلال به يكون سبباً فى سقوط الأجل .

٩٧٨ – حلول الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه : وقد يحل الأجل قبل انقضائه ، لا بسقوطه فى الأحوال التى تقدم ذكرها ، بل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه ، المدين أو الدائن(٣) . فقد يضرب الأجل لمصلحة المدين وحده كما فى العارية والقرض دون فائدة ، أو لمصلحة الدائن وحده كما فى الوديعة غير المأجورة ، فلمن شرط الأجل لمصلحته دائناً كان أو مدينا أن ينزل عنه بإرادته المنفردة(٤) . وقد يكون الأجل لمصلحة المدين والدائن معاً كما فى القرض بفائدة وودائع المصارف ، فلا يجوز النزول عن الأجل إلا بتراضى الطرفين(٥) .

---

(١) وإذا كان الدين لا ينتج فوائد ، لم ينتقص منه ما يقابل الأجل بالسعر القانونى ، لأن الأجل قد سقط بخطأ المدين .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٧١ .

(٣) وعند الشك يفرض أن الأجل لمصلحة المدين .

(٤) ويلاحظ أن الأجل إذا كان لمصلحة المدين ، وكان المدين معسراً إعساراً فعلياً (وإلا فإن الإعسار القانونى يسقط الأجل) ، لم يجز له أن ينزل عن الأجل ، وإذا وفى الدائن قبل حلول الأجل فإن هذا الوفاء لا يسرى فى حق باقى الدائنين (م ٢/٢٤٢ مدنى) .

(٥) واستثناء من ذلك أجاز القانون فى القرض بفائدة – والأجل هنا لمصلحة الطرفين – أن ينزل المدين وحده عن الأجل ويعجل الوفاء بالقرض ، إذا كان قد انقضى على القرض ستة أشهر =

§ ٢ - ما يترتب من الأثر على حلول الأجل

٩٧٩ - الأجل الواقف : إذا حل الأجل الواقف، بانقضائه أو بسقوطه أو بالنزول عنه على النحو الذى بيناه ، أصبح الحق نافذاً . ووجب على المدين القيام بتنفيذه بعد أن يعذره الدائن . لأن حلول الأجل وحده لا يكفى لإعذار المدين كما سبق القول[١] . ويترتب على نفاذ حق الدائن بحلول الأجل عكس النتائج التى رتبناها على عدم نفاذ الحق قبل حلول الأجل . فيجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين . ويقبل من المدين الوفاء الاختيارى فلا يسترد ما دفعه لأنه دفع ديناً مستحق الأداء[٢] .

وليس لحلول الأجل الواقف أثر رجعى خلافاً للحكم عند تحقق الشرط الواقف ، فلا يعتبر الحق نافذاً من وقت الاتفاق بل من وقت حلول الأجل (م ١/٢٧٤ مدنى) .

٩٨٠ - الأجل الفاسخ : إذا حل الأجل الفاسخ ، فإن الحق ينقضى من تلقاء نفسه بحلول الأجل دون حاجة إلى حكم بذلك . وإذا تجوزنا فاعتبرنا العقود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ ، وانقضى الأجل فزال الحق ، فإن جميع التصرفات التى يكون صاحب الحق قد أجراها تزول بزواله ، فالإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار مثلا يزولان بزوال الإيجار الأصلى .

ويكون انقضاء الحق بحلول الأجل دون أثر رجعى خلافاً للحكم عند تحقق الشرط الفاسخ . فيعتبر الحق قد انقضى من وقت حلول الأجل لا من وقت الاتفاق (م ٢/٢٧٤ مدنى) .

* * *

= على الأقل يتقاضى فيها الدائن الفوائد المستحقة ، وأعلن المدين الدائن بعد ذلك برغبته فى إسقاط الأجل ورد ما اقترضه ، وتم الرد فعلا فى مدة لا تجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، على أن يؤدى الدائن للمدين فوائد ستة الأشهر التالية للإعلان (م ٥٤٤ مدنى) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٨١٢ .

(٢) ويجوز للدائن أن يحجز بالدين الذى حل أجله تحت يد مدين المدين ، كما يجوز له توقيع الحجوز التحفظية الأخرى . وله أن يستعمل الدعوى البولصية بعد أن حل أجل الدين ، ويبدأ سريان التقادم المسقط منذ حلول الدين ، وتقع المقاصة بين الدين الذى حل أجله ودين آخر مقابل له مستحق الأداء .

٩٨١ — مقارنة بين الشرط والأجل : بعد أن بسطنا أحكام كل من الشرط والأجل ، نعقد مقارنة موجزة بينهما . فهناك موافقات . كما أن هناك مفارقات . أما الموافقات ففي أن كلا من الشرط والأجل أمر مستقبل ، وفي أن كلا منهما ينقسم إلى واقف وفاسخ .

وأما المفارقات وقد سبقت الإشارة إليها في خلال بسط أحكام كل من الشرط والأجل ، فترجع إلى شيء جوهرى واحد تتفرع منه كل الفروق الأخرى ، وهذا الشيء هو أن الشرط أمر غير محقق الوقوع . أما الأجل فأمر محقق الوقوع . وينبنى على أن الشرط أمر غير محقق الوقوع أن الحق المعلق على شرط واقف حق غير بات الوجود . والحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال . ولتحقق الشرط أثر رجعى تأويلا لنية الطرفين وهما يواجهان أمراً غير محقق الوقوع . وينبنى على أن الأجل أمر محقق الوقوع عكس ما قدمناه في الشرط . فالحق المقترن بأجل واقف حق بات الوجود . والحق المقترن بأجل فاسخ حق مؤكد الزوال . وليس لحلول الأجل أثر رجعى إذ لا محل لتأويل نية الطرفين على هذا الوجه أمام أمر محقق الوقوع .

الفصل الثانى

تعدد محل الالتزام

٩٨٢ — الالتزام متعدد المحل والالتزام التخييرى والالتزام البدلى : قد يتعدد محل الالتزام . فيكون هذا التعدد وصفاً في الالتزام . والالتزام الموصوف على هذا النحو أنواع ثلاثة : (١) التزام متعدد المحل (obligation conjointe) (٢) والتزام تخييرى (obligation alternative) (٣) والتزام بدلى (obligation facultative) .

فالالتزام متعدد المحل هو التزام واحد ولكنه ذو محل متعدد ، كالمتقايض يلتزم بإعطاء المتقايض معه أرضا ومعدلا من النقود (soulte) في مقابل

أن يعطيه المتقايض الآخر دارا . فالتزام المتقايض الأول متعدد المحل لأن المحل أرض ونقود . والتزام المتقايض الآخر التزام بسيط لأن محله واحد هو الدار . وليس لهذا النوع من الوصف أثر كبير فى الالتزام . ولاتوجد فروق هامة ما بين الالتزام متعدد المحل والالتزام البسيط ذى المحل الواحد . فى الالتزامين يجب على المدين أن يؤدى للدائن محل الالتزام كاملا إذا كان واحداً ، أوجميع محال الالتزام إذا كانت متعددة . ولاتصح التجزئة فى الوفاء . ويجوز فسخ العقد فى الحالين إذا بقى جزء من المحل الواحد أومن المحال المتعددة دون وفاء . على أن الالتزام ذا المحل الواحد يكون عقارا أومنقولا تبعا لطبيعة هذا المحل . أما الالتزام ذو المحل المتعدد فقد يكون عقارا ومنقولا فى وقت واحد إذا اختلفت طبيعة المحال المتعددة . فى المثل المتقدم . يكون التزام المتقايض الأول بإعطاء الأرض والنقود بعضه عقار وبعضه منقول . ويكون التزام المتقايض الآخر بإعطاء الدار عقاراً .

والالتزام التخييرى هو التزام متعدد المحل . ولكن واحدا فقط من هذه المحال المتعددة هو الواجب الأداء . فإذا التزم شخص لآخر بإعطائه إما أرضا أو سيارة . كان الالتزام هنا تخييريا ، وكان محل الالتزام هوالأرض أو السيارة تبعاً لاختيار المدين أو الدائن بسبب الأحوال . وليس المحل هو الأرض والسيارة معاً كما هو الأمر فى الالتزام متعدد المحل .

والالتزام البدلى هو التزام له محل واحد . ولكن يستطيع المدين أن يؤدى شيئا آخر بدلا منه فيقضى بذلك التزامه . فإذا التزم شخص لآخر بإعطائه دارا ، واحتفظ لنفسه بالحق فى أن يعطيه إذا شاء أرضا بدل الدار . كان الالتزام بدليا . وهنا يكون محل الالتزام شيئا واحداً هو الدار . ولكن يجوز للمدين أن يستبدل بالدار الأرض للوفاء بالتزامه .

ونرى من ذلك أن هناك تدرجا تصاعديا فى تعدد المحل ما بين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى والالتزام متعدد المحل . فى الالتزام البدلى محل الالتزام (objet in obligatione) واحد ، ولكن يوجد شىء آخر يحل محله عند الوفاء (objet in facultate solutionis) . ويرقى الالتزام التخييرى مرتبة فى تعدد المحل ، فمحل الالتزام أشياء متعددة . ولكن الواجب

الأداء هو شيء واحد . ثم يرتقي الالتزام متعدد المحل المرتبة العليا في التعدد . فمحل الالتزام أشياء متعددة . والواجب الأداء هو كل هذه الأشياء .

ولما كان الالتزام متعدد المحل لا يكاد يختلف في أحكامه عن الالتزام البسيط ذي المحل الواحد كما قدمنا ، فليست هناك أهمية لإفراده بالبحث . والذي يجب أن ينفرد بالبحث ، لأن الوصف فيه ذو أثر محسوس ، هو الالتزام التخييري ثم الالتزام البدلي .

الفرع الأول

الالتزام التخييري

(Obligation alternative)

٩٨٣ – قيام وصف التخيير وأحكامه : نبحث في الالتزام التخييري مسألتين : (١) قيام وصف التخيير . (٢) أحكام الالتزام التخييري .

المبحث الأول

قيام وصف التخيير

٩٨٤ – متى يقوم وصف التخيير ومن له الخيار : تنص المادة ٢٧٥ مدني على أن « يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها ، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك »(١) . ويخلص من هذا النص أن وصف التخيير يقوم متى شمل محل الالتزام أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين إذا أدى واحداً منها ، وأن خيار التعيين يكون في الأصل للمدين إلا إذا قضى المصدر الذي ينشأ منه الخيار – الاتفاق أو القانون – بأن الخيار يكون للدائن أو للغير .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢٧٥ (مطابق) – الليبي م ٢٦٢ (مطابق) – العراقي م ٢٩٨ (موافق) – اللبناني م ٥٦ (موافق) .

فنبحث إذن : (١) متى يقوم وصف التخيير . (٢) من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار .

§ ١ – متى يقوم وصف التخيير

٩٨٥ – تحديد منطقة الالتزام التخييري : حتى يكون الالتزام تخييريا يجب توافر شروط ثلاثة : (١) تعدد محل الالتزام (٢) وتوافر الشروط الواجبة في كل محل (٣) وأن يكون محل واحد من المحال المتعددة هو الواجب الأداء .

١ – فيجب إذن أن يكون محل الالتزام متعدداً . شيئين أو أكثر . فيصح أن يلتزم الشريك بتقديم حصته في الشركة مبلغا من النقود أو أرضا أو سيارة أو أسهما أو سندات أو عملا أو امتناعا عن عمل . ومن ثم يجوز أن يجمع التعدد شيئا غير معين بالذات ، وعينا معينة عقارا أو منقولا ، وعملا ، وامتناعا عن عمل .

٢ – ويجب أيضاً أن يتوافر في كل أداء (prestation) من الأداءات المتعددة جميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام ، لاحتمال أن يقع الاختيار على أي أداء منها فيكون هو المحل الوحيد وقد توافرت فيه الشروط الواجبة . فيجب إذن أن يكون كل أداء موجودا إذا كان شيئا ، أو ممكنا إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل . ويجب أيضاً أن يكون الأداء معينا أو قابلا للتعيين ، وأن يكون صالحا للتعامل فيه . وأن يكون مالا متقوما ، وأن يكون التعامل فيه مشروعا . وإذا كان أحد الأداءات في الالتزام التخييري هو وحده الذي توافرت فيه الشروط الواجبة ، فإن الالتزام لا يكون له إلا محل واحد ويكون بسيطا غير تخييري . والعبرة في معرفة ما إذا كانت الشروط الواجبة متوافرة في الأداءات المتعددة تكون بوقت نشوء الالتزام ، فإن توافرت في هذا الوقت كان الالتزام تخييريا حتى لو أصبحت الأداءات بعد ذلك لا تصلح كلها أو بعضها محلا للالتزام . وعلى النقيض من ذلك إذا لم تتوافر الشروط إلا في أداء واحد منها ، كان الالتزام بسيطا منذ البداية ، ولا ينقلب تخييريا حتى لو أصبحت الأداءات الأخرى بعد ذلك متوافراً فيها الشروط واجبة .

٣ – ويجب أخيراً أن يكون محل واحد فقط من بين المحال المتعددة هو الواجب الأداء . فقبل اختيار هذا المحل يكون كل من المحال المتعددة ممكنا طلبه . ويقوم ضرب من التضامن ما بين الأشياء شبيه بالتضامن ما بين الأشخاص . وهذا التضامن العيني من شأنه كالتضامن الشخصي أن يقوى ضمان الدائن . فإذا أصبح تنفيذ محل من المحال المتعددة مستحيلا جاز تنفيذ محل آخر . فيتسع بذلك مجال التنفيذ ويقوى ضمان الدائن . وبعد اختيار المحل الواجب الأداء . يصبح هذا وحده هو محل الالتزام . وينقلب الالتزام التخييري عند ذلك التزاما بسيطا . ويستتبع ذلك أن تكون المحال المتعددة عادة متعادلة في قيمتها ، ومع ذلك قد تتفاوت قيم المحال إذا تفاوتت شروط أدائها . كأن يلتزم شخص نحو آخر بأن يبيع له الدار بألفين أو الأرض بألف . وكأن يعد شخص شخصاً آخر بإقراضه ألفاً بسعر ٥٪ أو خمسمائة بسعر ٦٪ . بل قد لا تتفاوت شروط الأداء ومع ذلك تكون القيم متفاوتة . فقد يكون المبلغ الموعود بإقراضه هو ألف أو ألفان على حسب اختيار المدين ويكون سعر الفائدة ٥٪ في الحالين .

٩٨٦ – تمييز الالتزام التخييري عن حالات أخرى تشتبه به : وقد سبق أن ميزنا الالتزام التخييري عن الالتزام متعدد المحل . وسنميزه عن الالتزام البدلي فيما يأتي[١] . وبقي الآن أن نميزه عن الشرط الجزائي .

فالشرط الجزائي ليس إلا تعويضاً مستحقاً من عدم التنفيذ العيني . فإذا كان التنفيذ العيني ممكنا لم يستطع الدائن وحده أو المدين وحده أن يختار الشرط الجزائي دون التنفيذ العيني ، بل يجب أن يتفق الاثنان معاً على ذلك . أما في الالتزام التخييري فمن له الخيار – المدين أو الدائن – يختار وحده المحل الواجب الأداء . ومما يبرز الفرق بين الالتزام التخييري والالتزام المصحوب بشرط جزائي أنه إذا كان الالتزام المصحوب بشرط جزائي قد أصبح تنفيذه العيني مستحيلا بسبب أجنبي . فإن الالتزام ينقضي ولا يكون الشرط الجزائي مستحقاً . أما في الالتزام التخييري . إذا أصبح تنفيذ أحد محل هذا الالتزام مستحيلا بسبب أجنبي ، فسنرى أن المحل الثاني يصبح مستحقاً على خلاف الشرط الجزائي .

(١) انظر ما يلي فقرة ٩٩٨

§ ٢ – من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار

٩٨٧ – من له خيار التعيين : إذا كان هناك التزام تخييرى ، ولم يعين الطرفان من له الخيار ولم ينص القانون على ذلك . فإن الخيار يكون للمدين لا للدائن (م ٢٧٥ مدنى) . وهذا هو الأصل العام ، فإن الاتفاق عند الشك يفسر لمصلحة المدين[1] . ولكن يجوز أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين . وهذا يقتضى اتفاقا خاصا صريحا أو ضمنيا ، فلا يصح افتراضه . كذلك يجوز إذا كان مصدر الخيار هو نص فى القانون أن يجعل النص الخيار للدائن لا للمدين . وقد فعل القانون ذلك عندما قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى بأنه إذا أضعف المدين بفعله تأميناً خاصا فللدائن الخيار بين أن يطالب باستيفاء حقه قبل حلول أجله أو أن يطالب بتكملة التأمين ، ففى هذا الالتزام التخييرى ينص القانون على أن الخيار للدائن .

ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار لأجنبى ، ويكون الأجنبى فى هذه الحالة إما خبيراً فنيا يستشيره أحد الطرفين فيكون الخيار فى الحقيقة لهذا الطرف يستعمله بعد استشارة الخبير . أو يكون الأجنبى غير منتم لأحد من الطرفين فيقترب من أن يكون حكما بينهما يتفقان عليه عندما لا يستطيعان الاتفاق على أن يكون الخيار لأحد منهما .

٩٨٨ – مصدر الخيار : ويستخلص مما تقدم أن مصدر خيار التعيين إما أن يكون الاتفاق كما هو الغالب . أو أن يكون نصا فى القانون .

ففى الكثرة الغالبة من الأحوال يكون مصدر الالتزام التخييرى هو العقد أو التصرف القانونى بوجه عام ، فيلتزم المدين بإرادته أن يؤدى للدائن شيئاً من أشياء متعددة . وعند ذلك يتكفل الاتفاق أو التصرف القانونى بتعيين من له الخيار ، المدين أو الدائن ، فإذا سكت عن هذا التعيين كان الخيار للمدين كما قدمنا .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك خيار بين دفع الثمن فوراً مع خصم معين أو دفعه إلى أجل ، فالخيار يكون للمدين لا للدائن ، ولا يجوز للدائن أو الوسيط أن يجبر المدين على الدفع فوراً (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٩) .

وقد يكون مصدر الالتزام التخييرى نصا فى القانون . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى تنص على سقوط الأجل إذا كان المدين قد أضعف بفعله إلى حد كبير ما للدائن من تأمين خاص ، ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا . فهذا النص ينشئ التزامين تخييريين . الالتزام الأول هو التزام المدين الذى أضعف بفعله ما للدائن من تأمين خاص ، فيلتزم إما بدفع الدين فوراً أو بتكملة التأمين . والخيار هنا للدائن بنص القانون . والالتزام الثانى هو التزام المدين ، إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبى ، بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين كاف ، والخيار هنا للمدين بنص القانون كذلك . وقد تقدم بيان هذا عند الكلام فى الأجل(١) .

المبحث الثانى

أحكام الالتزام التخييرى

٩٨٩ — تعيين المحل الواجب الأداء وتحمل التبعة : يثير الالتزام التخييرى ، من ناحية ما يسرى عليه من أحكام ، مسألتين : (١) كيف يتم تعيين المحل الواجب الأداء . (٢) وماذا يكون الحكم لو أن بعض هذه المحال أو كلها هلك قبل أن يتم اختيار المحل الواجب الأداء .

§ ١ — تعيين المحل الواجب الأداء

٩٩٠ — التعيين إذا كان الخيار للمدين : تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٧٦ مدنى على أنه « إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٩٧٧ .

تعيين محل الالتزام(١) . فإذا كان الخيار للمدين ، وجب أن يستعمل خياره ، ويكون ذلك بإعلان إرادته فى أنه اختار محلا معينا . وهذه الإرادة تعتبر تصرفاً قانونيا من جانب واحد ، ولاتحدث أثرها إلا إذا وصلت إلى علم الدائن (م ٩١ مدنى) . ويستطيع المدين أن يكشف عن إرادته عن طريق تنفيذ محل معين فيكون هذا المحل هو الذى اختاره ، ولايستطيع العدول عن تنفيذ محل إلى تنفيذ محل آخر . ويغلب أن يحدد الطرفان ميعاداً يستعمل فى خلاله الخيار . فإذا انقضى الميعاد دون أن يعلن المدين اختياره تولى القاضى الاختيار على النحو الذى سنبينه . أما إذا لم يحدد ميعاد للاختيار ، كان للدائن ، إذا لم يعمل المدين حق خياره فى وقت معقول ، أن يلجأ إلى القاضى ليحدد أجلا للمدين يختار فيه بحيث إذا انقضى هذا الأجل ولم يختر المدين تولى القاضى الاختيار بنفسه كما سيأتى . وإذا مات المدين قبل أن يعمل خياره انتقل حق الخيار إلى الورثة . وإذا تعدد المدينون ، سواء عن طريق تعدد الورثة أو بأن كان المدينون فى الأصل متعددين ، وجب أن يتفق الجميع على اختيار المحل الواجب الأداء ، فإذا لم يتفقوا اعتبروا فى حكم الممتنعين عن إعمال حق الخيار.

وحكم امتناع المدين عن إعمال حق الخيار هو ما قررته العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٧٦ مدنى سالفة الذكر : أن يتولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام . فالدائن يطالب إلى القاضى أولا تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا انقضى هذا الأجل دون اختيار أو اتفاق ، تولى القاضى الاختيار ، مسترشداً فى ذلك بإرادة الطرفين المشتركة وبخاصة إرادة المدين إذ كان يستطيع وحده أن ينفرد بالاختيار ولم يفعل ، ومسترشداً أيضاً بظروف التعاقد وبغير ذلك من الملابسات . ولاينتقل الخيار هنا للدائن حتى لا يوضع المدين تحت رحمته ، وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للدائن وأبى أن يعمل حقه فيه . فسنرى أن الخيار فى هذه الحالة ينتقل إلى المدين إذ يغتفر من تحكم المدين ما لا يغتفر من تحكم الدائن .

٩٩١ — التعيين إذا كان الخيار للدائن أو لأجنبى : وتنص الفقرة الثانية

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٧٦/١ (مطابق) — الليبى م ٢٦٣/١ (مطابق) — العراقى م ٢٩٩ (موافق) — اللبنانى م ٦٤ (موافق) .

من المادة ٢٧٦ مدنى على ما يأتى : « أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضى أجلا إن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين »(١) . فإذا كان الخيار للدائن ، وجب أن يستعمل خياره بإعلان إرادته ، أو بطريق التنفيذ الفعلى بأن يقبض من المدين محلا معينا من المحال المتعددة . ولابد أن يختار الدائن فى الميعاد المحدد إذا حدد ميعاد ، وإلا فى ميعاد معقول . فإن امتنع عن الاختيار ، جاز للمدين أن يلجأ إلى القضاء كما سنرى . وإذا مات الدائن انتقل الخيار لورثته . وإذا تعدد الدائنون أو تعددت الورثة وجب أن يتفق الجميع على اختيار شيء واحد ، وإلا عدوا ممتنعين عن استعمال حق الخيار .

وحكم امتناع الدائن عن استعمال حق الخيار هو ما قررته العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٦ مدنى سالفة الذكر : أن ينتقل الخيار إلى المدين . فالمدين يطلب من القاضى أولا أن يعين أجلا يختار فيه الدائن أو يتفق فيه الدائنون المتعددون أو الورثة ، فإذا انقضى هذا الأجل دون اختيار أو اتفاق ، انتقل الخيار من الدائن إلى المدين ، خلافا لحالة ما إذا كان الخيار للمدين فإن القاضى هو الذى يتولى الاختيار على النحو الذى قدمناه .

ويلاحظ أن الخيار إذا كان لأجنبى ، طبقت فى حقه الأحكام المتقدمة . لكن إذا امتنع الأجنبى عن الاختيار ، تولى القاضى الاختيار بنفسه تطبيقا للقواعد العامة ، ولا ينتقل الخيار إلى المدين . لأن انتقال الخيار إلى من ليس له حق الخيار يقتضى نصا خاصاً . وقد وجد هذا النص فى حالة ما إذا كان الخيار للدائن ، ويبرره أن الدائن هو الذى امتنع عن الاختيار ، فكان انتقال الخيار للمدين معقولا . ولم يوجد النص فى حالة ما إذا كان الخيار لأجنبى ، إذ لا يمكن أن ينسب إلى الدائن خطأ إذا امتنع الأجنبى عن الاختيار ، فوجب الرجوع إلى القاضى فى الاختيار تطبيقا للقواعد العامة .

٩٩٢ — استناد تعيين المحل إلى الماضى : ومتى تعين المحل الواجب الأداء على الوجه الذى قدمناه ، انقلب الالتزام التخييرى التزاما بسيطاً ذا محل

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٧٦/٢ (مطابق) — الليبى م ٢٦٣/٢ (مطابق) — العراقى م ٢٩٩ (موافق) — اللبنانى م ٦٥ (موافق) .

واحد هو المحل الذى وقع عليه الاختيار . ويستند هذا التعيين بأثر رجعى إلى الماضى ، فيعتبر الالتزام بسيطا لا تخييريا منذ نشوئه لا منذ إعمال حق الخيار . ويرجع هذا الاستناد إلى أن المحل الذى عين كان منذ البداية محلا للالتزام ، إلا أن هذه المحلية كانت شائعة بينه وبين المحال الأخرى ، فبتعيينه تركزت المحلية فيه واعتبر هو المحل الوحيد منذ نشوء الالتزام .

ويترتب على هذا الأثر الرجعى أن طبيعة الالتزام التخييرى تتحدد منذ البداية ، فيكون الالتزام عقارا أو منقولا بحسب ما يقع الاختيار على عقار أو منقول . ويترتب أيضاً على الأثر الرجعى أن ملكية الشىء الذى وقع عليه الاختيار ، إذا كان منقولا معينا بالذات : تنتقل إلى الدائن منذ نشوء الالتزام لا منذ إعمال حق الخيار[1] .

§ ٢ – أحكام الهلاك

٩٩٣ – هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للمدين : إذا هلك الشيئان معاً بسبب أجنبى ، انقضى الالتزام التخييرى بسبب هذه الاستحالة . أما إذا كان الهلاك بخطأ المدين ولو بالنسبة إلى أحد الشيئين ، فإن الالتزام يتركز فى آخر شىء هلك ، وعلى المدين أن يدفع قيمته للدائن[2] . وهذا ما تنص

---

(١) وينبنى على ذلك أنه إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره فى الفترة ما بين نشوء الالتزام وإعمال حق الخيار ، فمادام الدائن يعتبر مالكا للشىء منذ نشوء الالتزام ، فإنه يستطيع أن يسترده من التفليسة أو من مال المعسر دون أن يشاركه فيه سائر دائنى المدين .

(٢) ذلك أنه إذا كان هلاك أحد الشيئين بخطأ المدين وهلاك الشىء الآخر بسبب أجنبى ، فإنه إذا هلك الشىء الأول بخطأ المدين ، والخيار له ، فإن هلاك هذا الشىء بخطأه يجعل محل الالتزام يتركز فى الشىء الآخر . فإن هلك هذا الشىء الآخر بسبب أجنبى ، فلا يزال هناك خطأ منسوب إلى المدين ، إذ هو بخطأه الأول جعل الالتزام متركزاً فى الشىء الآخر ، ومن ثم يعتبر هلاك الشىء الآخر منسوبا إلى المدين حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبى ، فعليه أن يدفع قيمته للدائن . وإذا كان الشىء الذى هلك بخطأ المدين هو الشىء الثانى بعد هلاك الشىء الأول بسبب أجنبى ، فإن الالتزام بعد هلاك الشىء الأول بسبب أجنبى يكون قد تركز فى الشىء الثانى وقد هلك بخطأ المدين فوجب عليه دفع قيمته .

وإذا هلك الشيئان معاً بخطأ المدين ، فإن الشىء الأول لما هلك بخطأ المدين تركز الالتزام فى الشىء الثانى وقد هلك هذا الشىء الثانى بخطأ المدين أيضاً ، فوجب عليه دفع قيمته .

ونرى من ذلك أنه يجب على المدين ، فى جميع الصور المتقدمة ، أن يدفع للدائن قيمة آخر شىء هلك .

عليه صراحة المادة ٢٧٧ مدنى إذ تقول : « إذا كان الخيار للمدين ، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام ، وكان المدين مسئولا عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء ، كان ملزما بأن يدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه[1] » .

وإذا هلك أحد الشيئين دون الآخر ، فسواء كان الهلاك بسبب أجنبي أو بخطأ المدين فإنه لا يبقى أمام المدين إلا الشيء الباقى ليختاره المحل الواجب الأداء . وإذا كان الهلاك بخطأ الدائن ، فللمدين أن يختار الشيء الذى هلك فتبرأ ذمته من الدين ، أو يختار الشيء الآخر فيؤديه للدائن ويرجع عليه بقيمة الشيء الهالك .

٩٩٤ — هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للدائن : إذا هلك الشيئان معاً بسبب أجنبي ، انقضى الالتزام التخييرى هنا أيضاً بسبب هذه الاستحالة . أما إذا كان الهلاك بخطأ المدين ، فللدائن أن يختار أحد الشيئين فيرجع بقيمته على المدين إذ هلك هذا الشيء بخطأه .

وإذا هلك أحد الشيئين دون الآخر بسبب أجنبي ، تركز الالتزام فى الشيء الباقى وتعين على الدائن اختياره . أما إذا كان الهلاك بخطأ المدين ، فللدائن أن يختار الشيء الباقى فيستأديه عينا ، أو يختار الشيء الهالك فيرجع بقيمته . وإذا كان الهلاك بخطأ الدائن فإن اختار الشيء الذى هلك بخطأه فقد برئت ذمة المدين بهلاكه ، وإن اختار الشيء الآخر فعليه أن يدفع قيمة الشيء الهالك بخطأه للمدين[2] .

الفرع الثانى
الالتزام البدلى
(Obligation facultative)

٩٩٥ — قيام وصف البدل وأحكامه : نبحث هنا — كما بحثنا فى

---

[1] التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٧٧ (مطابق) — الليبى م ٢٦٤ (مطابق) — العراقى م ٣٠١ (موافق) — اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة).

[2] وهناك صور منطقية أخرى للهلاك لا حاجة إلى ذكرها هنا ، ويكفى فيها تطبيق القواعد العامة على النحو الذى قدمناه فيما ذكرناه من الصور .

الالتزام التخييرى – قيام وصف البدل وأحكام الالتزام البدلى . ونسير فى البحث على الخطة نفسها التى اتبعناها عند الكلام فى الالتزام التخييرى ، حتى تتضح الفروق ما بين هذين النوعين من الالتزام .

المبحث الأول

قيام وصف البدل

٩٩٦ – متى يقوم وصف البدل ومن له الخيار : تنص المادة ٢٧٨ مدنى على ما يأتى : « ١ – يكون الالتزام بدليا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئاً آخر . ٢ – والشىء الذى يشمله محل الالتزام ، لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه ، هو وحده محل الالتزام وهو الذى يعين طبيعته »[1] . ونخلص من هذا النص أن وصف البدل يقوم متى شمل محل الالتزام شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر . وأن خيار البدل يكون دائماً للمدين بخلاف الالتزام التخييرى فالخيار فيه كما رأينا يكون للمدين أو للدائن أو لأجنبى .

فنبحث إذن : (١) متى يقوم وصف البدل . (٢) ثبوت خيار البدل للمدين ومصادر هذا الخيار .

§ ١ – متى يقوم وصف البدل

٩٩٧ – تحديد منطقة الالتزام البدلى : حتى يكون الالتزام بدليا يجب أن يكون له محل واحد هو المحل الأصلى . ويقوم مقام هذا المحل الأصلى شىء آخر هو البديل . مثل ذلك أن يقرض الدائن المدين مبلغاً من النقود . ويتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الأجل . إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض ، أن يعطيه بدلا منه دارا أو أرضا معينة . فيكون مبلغ النقود هو المحل الأصلى

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٧٨ (مطابق) – الليبى م ٢٦٥ (مطابق) – العراقى م ٣٠٢ (مطابق) – اللبنانى م ٦٨ – ٦٩ (موافق) .

والدار أو الأرض هي البديل . وما العربون في البيع إلا بدل يأخذه البائع أو المشترى إذا اتفقا على أن يكون العربون وسيلة الرجوع في البيع . وسيأتي بيان ذلك (١) .

ويجب أن يتوافر في المحل الأصلي جميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام ، وإلا كان الالتزام باطلا ولو توافر في البديل الشروط الواجبة . أما البديل فإن توافرت فيه الشروط الواجبة أمكن أن يقوم مقام المحل الأصلي . وإلا سقط هو وبقي الالتزام بمحله الأصلي قائما . ولكن يصبح التزاما بسيطاً ذا محل واحد دون بديل .

ونرى من ذلك أن الالتزام البدلي – بخلاف الالتزام التخييري – هو ضمان للمدين لا ضمان للدائن . إذ يكون المدين في سعة من أمره بأداء البدل دون المحل الأصلي . وإذا هلك المحل الأصلي فإن المخلية لاتتركز في البدل ، كما تتركز في المحل الآخر في الالتزام التخييري . بل تبرأ ذمة المدين .

ونرى من ذلك أيضاً أن البديل ليس محلا للالتزام . فليس هو الشيء الذي يمكن الدائن المطالبة به (in obligatione) . ولكنه شيء يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء (in facultate solutionis) ، وقد تقدم بيان ذلك (٢) . ويستخلص من هذا أن هناك تعادلا – في نظر طرفي الالتزام أو في نظر القانون حسب مصادر وصف البدل – ما بين المحل الأصلي وبديله . إذ أن البديل يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء .

٩٩٨ – تمييز الالتزام البدلي عن حالات أخرى تشتبه به : ونميز الالتزام البدلي عن الالتزام التخييري . ثم نميزه عن الشرط الجزائي . ونقارنه بعد ذلك بالعربون .

فالالتزام البدلي له محل واحد كما قدمنا والشيء الآخر ليس محلا للالتزام بل هو بديل عنه في الوفاء . أما الالتزام التخييري فمحله متعدد وكل من الأشياء المتعددة يعتبر محلا للالتزام . فالالتزام التخييري متعدد محل الالتزام . أما الالتزام البدلي فهو متعدد محل الوفاء . ويتفرع على ذلك : (١) في الالتزام

---

(١) انظر ما يلي فقرة ٩٩٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٨٢ .

البدلى لا يطالب الدائن المدين إلا بالمحل الأصلى ، أما المدين فله أن يعرض على الدائن إما المحل الأصلى أو البديل . وفى الالتزام التخييرى يكون للدائن أن يطالب المدين بأى من محال الالتزام إذا كان الخيار له . وإذا كان الخيار للمدين فلهذا أن يعرض على الدائن أيا منها . (٢) تتحدد طبيعة الالتزام فى الالتزام البدلى بطبيعة المحل الأصلى لا بطبيعة الشىء البديل ، فيكون الالتزام البدلى منذ البداية عقاراً أو منقولا ، قابلا للتجزئة أو غير قابل لها ، تبعا للمحل الأصلى ، ويتحدد اختصاص المحكمة بقيمة المحل الأصلى منذ البداية . وهذا بخلاف الالتزام التخييرى ، فلا تتحدد طبيعته إلا بعد أن يتم اختيار المحل الذى يكون واجب الأداء ، وكذلك لايتحدد اختصاص المحكمة إلا بتعيين المحل الذى يقع عليه الاختيار . (٣) إذا هلك فى الالتزام البدلى المحل الأصلى بسبب أجنبى فقد انقضى الالتزام ، ولا يمنع من انقضائه أن البديل لا يزال قائما ممكنا تأديته ، أما إذا هلك البديل فإن الالتزام يبقى قائما على محله الأصلى ولكن المدين يفقد ميزة البدل فى الوفاء . وهذا بخلاف الالتزام التخييرى ، فإنه إذا هلك فيه أحد الشيئين بسبب أجنبى لاينقضى بل تتركز المحلية فى الشىء الآخر[١] .

وقد قدمنا أن الشرط الجزائى ليس بالتزام تخييرى[٢] . وهو كذلك ليس بالتزام بدلى ، فإن المدين لايستطيع بإرادته وحدها أن يؤدى الشرط الجزائى بدلا من التنفيذ العينى[٣] .

أما العربون فهو والالتزام البدلى سواء ، إذا كان العربون قد اتفق عليه ليكون وسيلة للرجوع فى العقد لا لتأكيد البتات . فالمشترى مثلا ، إذا كان

---

(١) هذا إلى أن الخيار فى الالتزام البدلى هو دائماً للمدين ، أما فى الالتزام التخييرى فتارة يكون للمدين وطوراً يكون للدائن ، بل قد يكون لأجنبى . وهذا أيضاً إلى أن الوفاء فى الالتزام البدلى ليس له أثر رجعى ولا ينقلب هذا الالتزام بالوفاء إلى التزام بسيط منذ البداية ، بخلاف الالتزام التخييرى فقد رأينا أن إعمال حق الخيار فيه يستند إلى الماضى وينقلب الالتزام التخييرى إلى التزام بسيط منذ البداية .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٨٦ .

(٣) وذلك فيما عدا الحالة الاستثنائية التى يجيز فيها القانون للقاضى أن يرخص للمدين فى أن يستبدل التعويض بالتنفيذ العينى إذا كان التنفيذ العينى مرهقاً للمدين (م٢٠٣/٢ مدنى) ، فنى هذه الحالة يكون التعويض – أو الشرط الجزائى – بديلا عن المحل الأصلى وهو التنفيذ العينى .

قد دفع عربونا . يكون ملتزما التزاما أصليا بتنفيذ الصفقة فيعطى الثمن ويأخذ المبيع ، ويستطيع أن يبرئ ذمته من هذا الالتزام بتركه العربون للبائع . أى بتأدية العربون بديلا عن تأدية المحل الأصلى لالتزامه . وكذلك البائع يكون ملتزما التزاما أصليا بتنفيذ الصفقة فيعطى المبيع ويأخذ الثمن ، ويستطيع أن يبرئ ذمته من هذا الالتزام برد العربون ومبلغ معادل له للمشترى . أى أنه يؤدى المبلغ المعادل للعربون بديلا عن تأدية المحل الأصلى لالتزامه[1] .

§ ٢ – ثبوت خيار البدل للمدين ومصدر هذا الخيار

٩٩٩ – ثبوت خيار البدل للمدين : خيار البدل يكون دائما للمدين كما قدمنا ، وهذا بخلاف خيار التعيين فقد رأينا أنه قد يكون للمدين أو للدائن أو لأجنبى . وثبوت خيار البدل للمدين مستفاد من تعريف الالتزام البدلى . فهو التزام يستطيع فيه المدين أن يبرئ ذمته بوفاء شىء بديل عن المحل الأصلى . فالمدين وحده ، لا الدائن ، هو الذى يختار محل الوفاء . أما الدائن فليس له أن يطالب إلا بالمحل الأصلى . ولا يستطيع أن يطالب بالبدل عوضا عن المحل الأصلى وإلا لكان الالتزام تخييريا الخيار فيه للدائن .

١٠٠٠ – مصدر خيار البدل : ومصدر خيار البدل ، كمصدر خيار التعيين ، هو الاتفاق أو نص فى القانون[2] . فى كثير من الأحوال يكون مصدر خيار البدل هو الاتفاق . ويتحقق ذلك بوجه خاص فى العربون كما قدمنا . وقد يكون مصدر الالتزام البدلى نصا فى القانون . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ١/٤٦٩ مدنى من أنه « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » .

---

(١) انظر آنفاً ما قدمناه فى العربون فقرة ١٠٢ .

(٢) ويمكن القول بأن خيار البدل قد يكون مصدره القضاء أيضاً . وذلك فى الحالة الاستثنائية التى سبقت الإشارة إليها والتى فيها يجوز للقاضى أن يرخص للمدين فى أن يستبدل التعويض بالتنفيذ العينى إذا كان التنفيذ العينى مرهقاً للمدين (م ٢/٢٠٣ مدنى) . فهنا أصبح التعويض بديلا عن التنفيذ العينى ، وذلك بموجب حكم من القضاء .

فهنا المدين بحق متنازع فيه ملتزم التزاما أصليا نحو المتنازل له بمحل الدين المتنازل عنه وهذا هو المحل الأصلي . ولكنه يستطيع أن يبرئ ذمته بأداء بديل عن هذا المحل الأصلي هو مقدار ما دفعه المتنازل له من ثمن ومصروفات مع فوائد الثمن من وقت الدفع . ومثل ذلك أيضاً مانصت عليه المادة ٨٤٥ مدني من أنه « ١ – يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة . ٢ – ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته » . فهنا المتقاسم الذي غبن المتقاسم معه بأكثر من الخمس ملتزم التزاما أصليا بأن يرد العين المقسومة إلى الشيوع بعد نقض القسمة. ولكن القانون هيأ له بديلا من هذا المحل الأصلي لالتزامه ، هو أن يكمل للمتقاسم المغبون نقداً أو عيناً ما نقص من حصته . فإذا أكمل ما نقص قام هذا الوفاء مقام الوفاء بالمحل الأصلي[1] .

المبحث الثانى

أحكام الالتزام البدلى

١٠٠١ – تعيين محل الأداء : ليس للدائن أو لوارثه أن يطالب إلا بالمحل الأصلي كما قدمنا . أما الذي يدفعه المدين أو وارثه فهو في الأصل أيضاً المحل الأصلي ولكنه يستطيع أن يبرئ ذمته بدفع البديل كما سبق القول .

---

(١) وقد يكون البدل أكثر من شيء واحد ، ويكون للمدين أن يختار من هذه الأبدال البدل الذي يرتضيه عوضا عن الوفاء بالمحل الأصلي . فالالتزام هنا يكون بدليا من ناحية الوفاء وتخييريا من ناحية اختيار البدل . مثل ذلك ما قدمناه في حالة الغبن في القسمة (م ٨٤٥ مدني) من أن البديل هو إكمال ما نقص من حصة المتقاسم المغبون نقداً أو عينا ، فالبديل هنا أحد أمرين : الإكمال نقداً أو الإكمال عينا . ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة ١٠٧١ مدني من أن الحائز للعقار يكون ملتزماً التزاما أصليا بتحمل إجراءات نزع الملكية ، وله أن يفتدي ذلك ببديل . وهذا البديل أمر من أمور ثلاثة : (أ) قضاء الدين المضمون بالرهن (ب) أو تطهير العقار المرهون (ج) أو التخلي عن هذا العقار . فهنا البدل تخييري ، وللمدين أن يختار واحدا من هذه الأمور الثلاثة ، إذا لم يرغب في الوفاء بالمحل الأصلي وهو تحمل إجراءات نزع الملكية .

وإذا أعلن المدين إرادته أنه يريد الوفاء بالبديل دون أن يدفعه بالفعل ، فإن ذلك لا يمنعه عند الوفاء من أن يؤدى المحل الأصلى . ذلك أنه لايتحدد محل الوفاء إلا عند الدفع الفعلى . كذلك إذا أعلن قبل الوفاء أنه يؤدى المحل الأصلى ، لم يمنعه ذلك من أن يوفى بالبديل عند الوفاء .

ولايمكن القول ، إذا وفى المدين بالبديل ، أن محل الالتزام قد تبدل فأصبح هو الشيء البديل عوضا عن المحل الأصلى . بل إن الالتزام يبقى على محله الأصلى ، ويعتبر الوفاء بالبديل بمثابة الوفاء بمقابل . ولايقوم البديل مقام المحل الأصلى فى المحلية ، وإنما يقوم مقامه فى الوفاء وحده . ونرى من ذلك أنه لا محل لبحث الاستناد فى حالة الالتزام البدلى . ولايمكن القول إن الوفاء بالبديل يقلب الالتزام البدلى إلى التزام بسيط محله البديل منذ البداية . بل إن الالتزام البدلى يبقى بالرغم من الوفاء بالبدل التزاما بدليا . وليس البدل إلا مقابلا للوفاء فيه .

١٠٠٢ — أحكام الهلاك : وإذا هلك المحل الأصلى بسبب أجنبى ، فقد انقضى الالتزام وبرئت ذمة المدين ، ولاتتركز المحلية فى البديل كما تركزت فيما يتعلق بالالتزام التخييرى فى الشيء الباقى على النحو الذى قدمناه . أما إذا كان هلاك المحل الأصلى بخطأ المدين ، فالدائن لا يطالب المدين إلا بالتعويض عن المحل الأصلى . ولكن يجوز للمدين أن يتوقى دفع التعويض بأن يوفى بالبديل . وإذا كان هلاك المحل الأصلى بخطأ الدائن ، فإن الدائن يكون بمثابة من استوفى حقه ، ولكن يجوز للمدين أن يوفى بالبديل ، ثم يطالب الدائن بقيمة المحل الأصلى الذى هلك بخطأه .

وإذا هلك البديل بسبب أجنبى أو بخطأ المدين ، فإن الالتزام يبقى قائماً على محله الأصلى ، ولكنه ينقلب بهلاك البديل التزاما بسيطا ليس لمحله بديل عند الوفاء . وإذا كان هلاك البديل بخطأ الدائن ، بقى الالتزام قائما على محله الأصلى فيطالب الدائن المدين بهذا المحل ، ويرجع المدين على الدائن بقيمة البديل الذى هلك بخطأه . ولكن لما كان المدين يستطيع أن يوفى بالبديل عوضا عن المحل الأصلى ، فإنه فى الحالة التى نحن بصددها يستطيع أن يمتنع عن الوفاء بالمحل الأصلى وأن يعتبر نفسه قد وفى الدين بالبديل . إذ أن الدائن بعد أن أهلك البديل بخطأه يكون بمثابة من استوفاه .

الفصل الثالث

تعدد طرفي الالتزام

١٠٠٣ — صور التعدد: لتعدد طرفي الالتزام صور ثلاث :

١ — فإما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في غير تضامن . فيتعدد الدائن أو يتعدد المدين أو يتعدد كل من الدائن والمدين دون أن تربط الأطراف المتعددين رابطة خاصة تجعلهم متضامنين في الحق أو في الدين . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام متعدد الأطراف (obligation conjointe) .

٢ — أو يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في تضامن ما بين الأطراف المتعددين . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام التضامني (obligation solidaire) . فإذا كان المتعدد هو الدائن ، كان هناك تضامن ما بين الدائنين وهو تضامن إيجابي (solidarité active) . أو كان المتعدد هو المدين ، كما هو الغالب ، كان هناك تضامن ما بين المدينين وهو تضامن سلبي (solidarité passive).

٣ — أو يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في التزام لا يتجزأ تنفيذه . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام غير القابل للانقسام (obligation indivisible).

والتضامن وعدم القابلية للانقسام لا يفترضان بل لابد لهما من شروط خاصة ، فإذا تعدد طرف الالتزام كان الأصل في الالتزام أن يكون التزاما متعدد الأطراف ، لا التزاما تضامنيا ولا التزاما غير قابل للانقسام . على أن الغالب الذي يكثر وقوعه هو الالتزام التضامني . ثم الالتزام غير القابل للانقسام .

ونبحث في فروع ثلاثة الالتزام متعدد الأطراف . والالتزام التضامني . والالتزام غير القابل للانقسام .

الفرع الأول

الالتزام متعدد الأطراف

(Obligatisn conjointe)

١٠٠٤ — مصدر التعدد في الالتزام متعدد الأطراف : أكثر ما يكون هذا المصدر هو القانون ، وقد يكون إرادة طرفي الالتزام .

فالقانون يكون مصدراً لتعدد الأطراف فى الميراث . فإن الدائن إذا مات آل الحق إلى ورثته . ويكونون فى أكثر الأحوال متعددين : فيصبح الحق بعد أن كان له دائن واحد له دائنون متعددون هم الورثة ينقسم الدين عليهم كل بقدر نصيبه فى الميراث(١) . ويصح أن ينشأ الدين منذ البداية لصالح دائنين متعددين أو فى ذمة مدينين متعددين . فإذا قبض أحد الورثة غلة التركة . كان مديناً لسائر الورثة بأنصبتهم فى هذه الغلة . فينشأ الدين ابتداء لصالح مدينين متعددين . وإذا أوصى شخص بمبلغ من النقود لآخر يأخذه من التركة . فإن الورثة وهم يمثلون التركة يكونون مدينين متعددين منذ البداية فى هذا الالتزام الموصى به .

وقد تكون الإرادة هى مصدر تعدد الدائنين أو المدينين . فإذا باع الشركاء فى الشيوع الدار الشائعة . أو باع الورثة عيناً من أعيان التركة . فالأصل أن يكون للالتزام بالثمن الذى نشأ فى ذمة المشترى دائنون متعددون هم الشركاء فى الشيوع أو الورثة . ومالم يشترط هؤلاء الدائنون التضامن فيما بينهم انقسم الحق عليهم كل بنسبة نصيبه فى المبيع . وإذا اشترى عدة أشخاص دارا واحدة على الشيوع صفقة واحدة . فإن الالتزام بالثمن يكون له مدينون متعددون هم هؤلاء المشترون . وينقسم الالتزام عليهم كل بقدر نصيبه فى الدار . ولايكون هناك تضامن بينهم إلا إذا اشترطه البائع لهم .

١٠٠٥ — الأثر الذى يترتب على التعدد فى الالتزام متعدد الأطراف : وإذا كان الالتزام متعدد الدائنين أومتعدد المدينين دون تضامن فيما بينهم . انقسم الالتزام بحكم القانون على الدائنين المتعددين أوعلى المدينين المتعددين كل بالقدر المتفق عليه أو بالقدر الذى يعينه القانون . فالاتفاق يعين نصيب كل مشتر من المشترين المتعددين للدار إذا اشتروها صفقة واحدة . فيلتزم كل منهم بحصة من الثمن تعادل مقدار نصيبه فى الدار . والقانون يعين نصيب كل وارث . إذا ورث الجميع دينا لصالح التركة . فإذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين . لم يبق إلا أن ينقسم

(١) أما إذا مات المدين وترك ورثة متعددين . فإن الدين فى القانون الفرنسى ، لا فى الشريعة الإسلامية ، ينتقل إلى ورثته ، فيصبح ذا مدينين متعددين .

الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أى بأنصبة متساوية .

ويترتب على انقسام الالتزام وصيرورته التزامات متعددة مستقلة نتائج هامة نذكر منها :

أولا — إذا انقسم الالتزام على دائنين متعددين : (١) أى دائن لايستطيع أن يطالب المدين إلا بنصيبه ، ولايستطيع المدين أن يدفع له أكثر من نصيبه . وإذا وفى المدين أحد الدائنين ثم أعسر ، لم يرجع باقى الدائنين الذين لم يستوفوا أنصبتهم على الدائن الذى استوفى نصيبه ، إذ كل حق مستقل عن الحقوق الأخرى . (٢) قطع التقادم أووقفه أو الإعذار أوالمطالبة القضائية إذا تم من جانب أحد الدائنين ، يسرى أثره بالنسبة إليه وحده دون غيره من الدائنين الآخرين .

ثانيا — إذا انقسم الالتزام على مدينين متعددين : (١) أى مدين لايكون ملتزما إلا بنصيبه ، ولايستطيع الدائن أن يطالبه بأكثر من ذلك . وإذا أعسر أحد المدينين لم يتحمل إعساره الباقون ، والدائن هو الذى يتحمل هذا الإعسار . (٢) قطع التقادم أووقفه أو الإعذار أوالمطالبة القضائية إذا تم ضد أحد المدينين يقتصر أثره على هذا المدين ولايتعداه إلى المدينين الآخرين .

وانقسام الدين ، بما يجر من النتائج على النحو المتقدم ، يجعل الدين ضعيف الأثر . ومن ثم يؤثر الناس عند التعامل توقى هذه النتائج باشتراط أن يكون الالتزام تضامنيا أوغير قابل للانقسام .

الفرع الثانى

الالتزام التضامنى(*)

(Obligation solidaire)

١٠٠٦ — التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين : قدمنا أن

(*) مراجع : هامل (Hamel) رسالة من بواتييه سنة ١٩٠٨ — أوديتو (Oudinot) فى النيابة الناقصة فى القانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — فرانسوا (François) فى التمييز بين الالتزام التضامنى والالتزام التضامى رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ — هرفية (Hervé) فى التضامن وعدم القابلية للانقسام والكفالة رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ .

التضامن قد يكون بين الدائنين وقد يكون بين المدينين(١) . وإن كان التضامن بين المدينين هو الأكثر وقوعا فى العمل . ويصح أن يجتمع فى التزام واحد تضامن الدائنين وتضامن المدينين . فيكون الالتزام متعدد الدائنين مع تضامنهم ومتعدد المدينين مع تضامنهم أيضاً .

المبحث الأول

التضامن بين الدائنين

(Solidarité entre créanciers — Solidarité active)

١٠٠٧ — مسألتان : نبحث فى التضامن بين الدائنين : (أولا) مصدر هذا التضامن (ثانيا) الآثار التى تترتب عليه .

المطلب الأول

مصدر التضامن بين الدائنين

١٠٠٨ — التضامن بين الدائنين مصدره الاتفاق أو الإرادة بوجه عام : تنص المادة ٢٧٩ مدنى على أن « التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون »(٢) . وبالرغم من أن هذا النص

---

(١) وسواء كان التضامن بين الدائنين أو بين المدينين ، فهو أحد طرق الضمان للدين ، بل هو أبلغ فى الضمان من الكفالة . ذلك أن الدائن فى الكفالة ، إذا لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين ، لا يستطيع إلا أن يرجع على المدين الأصلى أولا ، فإذا لم يستوف حقه منه رجع على الكفيل . أما فى التضامن فالدائن يستطيع أن يرجع على أى مدين متضامن بكل الدين ، هذا إذا كان التضامن بين المدينين. فإذا كان التضامن بين الدائنين فأى دائن متضامن يستطيع أن يطالب المدين بكل الدين ، ومن جهة أخرى فإن وفاء المدين لأى دائن متضامن بكل الدين مبرئ لذمته بالنسبة إلى سائر الدائنين ، وهذا ما يجعل التضامن ما بين الدائنين أقرب إلى أن يكون ضمانا للمدين منه ضمانا للدائن .

والتضامن بنوعيه يقتضى بوجه عام أن تكون هناك شركة أو فى التليل اشتراك فى المصلحة (communauté d'intérêts) بين الأطراف المتضامنين . وهذه المصلحة المشتركة هى التى تبرر أحكام التضامن .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٧٩ (مطابق) — الليبى م ٢٦٦ (مطابق) — العراقى م ٣١٥ (موافق) — اللبنانى م ١٢ (موافق) .

قد شمل التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين وقضى بأن التضامن يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون . فلا يتوهم من ذلك أن التضامن بين الدائنين هو كالتضامن بين المدينين يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون . فالتضامن بين الدائنين لا يكون مصدره إلا الاتفاق أو الوصية ، أى الإرادة بوجه عام . ولا يكون مصدره القانون .

والتضامن بين الدائنين نادر الوقوع فى العمل . وأكثر ما يقع عندما يكون هناك مدينون متضامنون ثم ينقلبون إلى دائنين متضامنين . مثل ذلك أن يبيع أربعة أشخاص مائة قنطار من القطن ويتضامنون فى الالتزام بالتسليم ، ثم لا يدفع المشترى الثمن ، فيكونون دائنين بالتضامن فى المطالبة بفسخ البيع . وكذلك لو كان العقد هبة ، وأراد الواهبون المتضامنون الرجوع فى الهبة ، فإنهم يكونون دائنين متضامنين فى هذا الرجوع . ويصح أن يكون مصدر تضامن الدائنين الوصية ، فيوصى شخص لأشخاص متعددين بمبلغ من النقود يستوفونه من تركته ويجعلهم دائنين متضامنين بهذا المبلغ ، وهنا نشأ التضامن الإيجابى منذ البداية ولم ينعكس عن تضامن سلبى .

والسبب فى ندرة التضامن بين الدائنين أن مضار هذا التضامن تربى على فوائده ، فإن الدائنين إذا اشترطوا التضامن بينهم لا يكسبون من وراء ذلك إلا أن أى دائن منهم يستطيع المطالبة بكل الدين . وهذا الكسب لا يعد شيئاً مذكوراً إلى جانب ما يتعرض له الدائنون من الخطر ، فإن أى دائن منهم يستطيع أن يقبض الدين كله فتبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء . وليس لسائر الدائنين إلا الرجوع على الدائن الذى استوفى الدين . فإذا هو أعسر تحملوا تبعة إعساره . أما ما أفادوه من التضامن فيستطيعون الوصول إليه عن غير هذا الطريق ، فإنهم يملكون عند حلول الدين أن يعطوا أيا منهم توكيلا بقبض كل الدين ، ولهم فى أى وقت أن يعزلوا هذا الدائن من الوكالة . على أنه يلاحظ أن التقنين المدنى الجديد قد تخفف بعض الشىء من مضار التضامن بين الدائنين ، بأن نص فى المادة ٢٨٠/١ منه على جواز ممانعة الدائنين فى أن يوفى المدين الدين لأحدهم كما لو كان التضامن ينطوى على وكالة يجوز الرجوع فيها ، وسيأتى بيان ذلك(١) .

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١٠١٣ .

١٠٠٩ — التضامن بين الدائنين لا يفترض : ولما كان التضامن بين الدائنين مصدره الإرادة أو الاتفاق . فإنه لا يجوز افتراض وجوده . وما لم توجد إرادة واضحة لا خفاء فيها بإنشاء هذا التضامن فإنه لا يقوم . فإذا باع مثلا ثلاثة أشخاص داراً لهم فى الشيوع . ولم يشترطوا على المشترى التضامن بينهم فى وضوح . فلا يستخلص من شيوع الدار بين البائعين أنهم متضامنون فى تقاضى الثمن . بل يتقسم الثمن عليهم كل بقدر نصيبه فى الدار المبيعة . كذلك إذا كان المشترى قد اشترط على البائعين التضامن فى التزاماتهم نحوه . فإن ذلك لا يؤخذ منه ضرورة أنهم متضامنون فى حقوقهم عليه . بل لابد من اشتراط التضامن فى الحقوق كما اشترط فى الالتزامات(١) . ولا يفترض التضامن بين الدائنين حتى فى المسائل التجارية(٢) .

على أنه لا يفهم من ذلك أن التضامن لابد أن يرد فيه شرط صريح(٣) . فقد يستخلص ضمنا من الظروف والملابسات . ولكن يجب ألا يكون هناك شك فى أنه مشترط .

١٠١٠ — وحدة المحل وتعدد الروابط : والتضامن بين الدائنين يجعل الالتزام متعدد الروابط ، ولكنه موحد المحل . أما أن الالتزام يكون متعدد الروابط . فذلك بأن كل دائن متضامن تربطه بالمدين رابطة مستقلة عن الروابط التى تربط الدائنين المتضامنين الآخرين بالمدين . فتعدد الدائنين المتضامنين يستتبع تعدد الروابط . وأما أن الالتزام يكون موحد المحل ، فذلك هو الذى يحفظ للالتزام وحدته بالرغم من تعدد الدائنين . ولو أن الدائنين

---

(١) ومع ذلك قد يستطاع أن يستخلص ضمنا من الظروف والملابسات أن التضامن فى الالتزامات يستتبع التضامن فى الحقوق .

(٢) وحتى فى شركة التضامن . إذا كان كل الشركاء يديرون الشركة فأمكن لكل منهم أن يستوفى من مدينى الشركة ما عليهم من ديون لها ، فإن ذلك لا يعنى أن الشركاء دائنون بالتضامن . بل إن كل شريك إنما يعمل باسم الشركة . والشركة وحدها هى التى تستوفى ديونها عن طريق وكيل عنها هو أحد الشركاء .

(٣) والشرط الصريح ذاته لا يتحتم أن يستعمل فيه لفظ « التضامن » . فأى لفظ يؤدى هذا المعنى يكفى ، كأن يشترط الدائنون أن يكون لأى دائن منهم أن يطالب المدين بكل الدين ، أو يشترط المدين أنه يستطيع الوفاء بكل الدين لأى من الدائنين .

المتعددين لم يكونوا متضامنين لما احتفظ الالتزام بوحدته ولكان التزاما متعدد الأطراف ينقسم على الدائنين المتعددين التزامات مستقلة بعضها عن بعض كما بينا فيما تقدم .

وأهم النتائج التي تترتب على تعدد الروابط بالرغم من وحدة المحل ما يأتي : (١) يجوز أن تكون الروابط التي تربط بعض الدائنين المتضامنين بالمدين موصوفة وتكون الروابط الأخرى بسيطة . فيجوز أن تكون رابطة معلقة على شرط وأخرى مضافة إلى أجل وثالثة بسيطة منجزة (انظر م٢٨١/١ وسيأتي ذكرها[1]) . (٢) يجوز أن تكون بعض الروابط قد شابها عيب ، والروابط الأخرى غير معيبة . فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامنين قاصراً ، وثان قد شاب إرادته غلط أو تدليس أو إكراه . وثالث لم تشب إرادته عيب . (٣) يجوز أن تنقضي بعض الروابط وتبقى مع ذلك الروابط الأخرى . وسيأتي تفصيل ذلك[2] .

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على تضامن الدائنين

١٠١١ – العلاقة ما بين الدائنين والمدين والعلاقة فيما بين الدائنين بعضهم ببعض : يجب التمييز بين أمرين : (١) العلاقة ما بين الدائنين المتضامنين والمدين (٢) وعلاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض .

§ ١ – العلاقة ما بين الدائنين المتضامنين والمدين

١٠١٢ – استخلاص المبادئ الأساسية من النصوص : تنص المادة ٢٨٠ مدني على أنه « ١– إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفي الدين لأي منهم ، إلا إذا مانع أحدهم في ذلك . ٢ – ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين ، إلا إذا كان

---

(١) انظر ما يلي فقرة ١٠١٢ .

(٢) انظر ما يلي فقرة ١٠١٣ – ١٠١٤ .

الدين غير قابل للانقسام ». وتنص المادة ٢٨١ مدنى على أنه « ١ - يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أومنفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين . ٢ - ولايجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين . ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً » . وتنص المادة ٢٨٢ مدنى على أنه : « ١ - إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء . فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله . ٢ - ولايجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين »[1] .

ويستخلص من هذه النصوص المبادئ الأساسية الثلاثة الآتية : (١) لأى دائن متضامن مطالبة المدين بكل الدين . وللمدين أن يفى بكل الدين لأى مدين متضامن . والوفاء بكل الدين لأى دائن متضامن يبرئ ذمة المدين من الدين نحو سائر الدائنين (م ٢٨٠ - ٢٨١ مدنى) . ويرجع ذلك إلى وحدة المحل . (٢) أما أسباب انقضاء الالتزام الأخرى . فإنها إذا تحققت بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين اقتصر أثرها على حصة هذا الدائن ، ولايحتج المدين بأيها على سائر الدائنين إلا بمقدار هذه الحصة (م٢٨٢/١ مدنى) . ويرجع ذلك إلى تعدد الروابط . (٣) ولايجوز لأى من الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه أن يضر بسائرهم ، ولكن إذا أتى عملا من شأنه أن يفيدهم أفادوا منه (م ٢٨٢/٢ مدنى) . ويرجع ذلك إلى أن نيابة أى دائن متضامن عن باقى الدائنين المتضامنين نيابة فيما ينفع لا فيما يضر .

والأصل فى ذلك أن كل دائن متضامن يعتبر . فى استيفاء الدين من المدين أصيلا عن نفسه فى حصته ونائبا عن سائر الدائنين فى حصصهم . فيكون استيفاوه للدين مبرئا لذمة المدين نحو جميع الدائنين . أما فى أسباب الانقضاء

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٨٠ - ٢٨٢ (مطابق) - الليبى م ٢٦٧ - ٢٦٩ (مطابق) - العراق م ٣١٦ - ٣١٨ (موافق) - اللبنانى م ١١ و١٣ - ١٩ (موافق إلا فى بعض التفصيلات) .

الأخرى غير الوفاء . فليس الدائن نائبا عن الدائنين الآخرين . بل هو أصيل عن نفسه فحسب ، فما يقع من هذه الأسباب يقتصر عليه وحده ولا يتعداه إلى سائر الدائنين . ثم إن نيابة كل دائن عن سائر الدائنين تقوم أيضاً فى كل عمل من شأنه أن يفيد هؤلاء الدائنين ، دون الأعمال التى يكون من شأنها أن تضر بهم . فعندنا إذن مسائل ثلاث : (أولا) انقضاء الدين بالوفاء . (ثانيا) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء . (ثالثا) أعمال الدائن التى من شأنها أن تفيد سائر الدائنين أو أن تضر بهم .

١٠١٣ — أولا — انقضاء الدين بالوفاء : للمدين أن يختار أى دائن من الدائنين المتضامنين فيوفيه كل الدين . وليس لهذا أن يرفض استيفاء الدين كله ، بل ليس له أن يقتصر على قبض نصيبه من هذا الدين ويرفض قبض الباقى . وهذه هى الميزة الجوهرية للتضامن بين الدائنين . فإن هذا التضامن أقرب إلى أن يكون ضمانا للمدين منه ضمانا للدائنين المتضامنين ، إذ يستطيع المدين أن يوفى أحد هؤلاء الدائنين الدين كله فتبرأ ذمته نحو الجميع دون أن يضطر إلى تجزئة الدين وإعطاء كل دائن نصيبه[1] . وإذا اختار المدين دائنا متضامنا ليوفيه كل الدين ، واعترض دائن آخر على ذلك[2] ، تعين على المدين أن يوفى أولا الدائن المعترض نصيبه فى الدين ، ثم يوفى للدائن الذى اختاره بقية الدين بعد استنزال نصيب الدائن المعترض[3] .

---

(١) وهذا لا يمنع من أن يتفق دائن متضامن مع المدين على أن يفى له بنصيبه وحده فى الدين ، فتبرأ ذمة المدين بقدر هذا النصيب ، ويكون لأى دائن آخر من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بالدين ، بعد أن يستنزل منه نصيب الدائن الذى استوفى حصته . فإذا ما استوفاه على هذا النحو ، كان لكل دائن آخر ، عدا الدائن الذى استوفى نصيبه طبعا ، أن يرجع بنصيبه على من قبض الدين .

(٢) ويصح أن يكون الاعتراض بإنذار رسمى ، أو بمجرد إخطار كتابى أو شفوى على أن يكلف الدائن المعترض بإثباته ، ويكون الإثبات خاضعا للقواعد العامة التى تتطلب الكتابة فيما إذا كان نصيب الدائن المعترض يزيد على عشرة جنيهات . ويوجه الاعتراض إلى المدين ، حتى يمتنع من وقت وصول الاعتراض إليه من دفع نصيب الدائن المعترض إلى أى دائن آخر من الدائنين المتضامنين .

(٣) ويلاحظ أنه إذا رجع أحد الدائنين المتضامنين على المدين يطالبه بكل الدين ، لم يجز أن يقتصر المدين على إعطاء هذا الدائن نصيبه مكتفيا بالقول إنه اختار دائنا آخر للوفاء له بباقى الدين . =

وكما يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى دائن متضامن وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إلى المدين . يجوز كذلك لأى دائن متضامن أن يطالب المدين بالدين كله وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إلى الدائنين المتضامنين . فإذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء . وجب على المدين أن يفى له بالدين كله ، ويجوز لهذا الدائن إجبار المدين على ذلك[1] . ذلك أن التضامن يجعل كما قدمنا لكل دائن صفة فى استيفاء الدين كله . بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن غيره من الدائنين المتضامنين . والمخالصة التى يعطيها من استوفى الدين من الدائنين تنفذ فى حقهم جميعا ولولم تكن ثابتة التاريخ . وعندما يطالب الدائن المتضامن المدين بكل الدين . يجب عليه أن يراعى ما يلحق رابطته بالمدين من وصف يعدل من أثر الدين . فإذا كانت هذه الرابطة معلقة على شرط واقف أو مقترنة بأجل . وجب على الدائن ألا يطالب المدين إلا عند تحقق الشرط أوحلول الأجل . ويكون للمدين أن يدفع مطالبة الدائن بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا . وليس له أن يدفع المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بغير الدائن المطالب من الدائنين . أما أوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب . فمثلها أن تكون رابطته مشوبة بعيب فى رضاء المدين لغلط أوتدليس أوإكراه . أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ . أو انقضت لمقاصة أوتجديد أو إبراء أوتقادم . وهذه جميعا يحتج بها المدين على الدائن . وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا . فمثلها أن يكون العقد الذى أنشأ الالتزام التضامنى باطلا فى الأصل أو قابلا للإبطال لنقص فى أهلية المدين ، أو أن يكون المدين قد وفى الدين جميعه لدائن آخر غير الدئن المطالب فبرئت ذمته نحو الجميع على الوجه الذى قدمناه . فهذه الأوجه كلها يحتج بها المدين ويدفع بها مطالبة الدائن . ولا يحتج المدين بأوجه الدفع الخاصة بدائن غير الدائن المطالب كما سبق القول . مثل ذلك تدليس أوإكراه صدر من

= بل يجب على المدين فى هذه الحالة أن يوفى كل الدين للدائن المطالب ، ما لم يكن قد دفع فعلا ، ولو بعد هذه المطالبة ، باقى الدين إلى دائن آخر وقدم ما يثبت ذلك .

(١) والدائنين المتضامنين أن يطالبوا مجتمعين المدين بالوفاء ، وفى هذه الحالة يتعين على المدين أن يوفى كلا منهم نصيبه فى الدين .

دائن آخر . أو سبب للفسخ قائم فى جانب دائن آخر ، أو مقاصة أو تجديد أو إبراء أو تقادم وقع بالنسبة إلى دائن آخر إلا فيما يتعلق بحصة هذا الدائن .

وإذا مات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة متعددين ، فإن الدين ينقسم عليهم كل بقدر نصيبه فى الميراث . فلا يستطيع المدين أن يفى لأحد الورثة الدين إلا بنسبة نصيبه فى الميراث . ولا يستطيع هذا الوارث أن يطالب المدين بالوفاء إلا بنسبة هذا النصيب . هذا إذا كان الدين قابلا للانقسام ، أما إذا كان غير قابل له فإنه لا ينقسم على الورثة . بل يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى وارث ، كما يجوز لأى وارث أن يطالبه بكل الدين . وكثيراً ما يشترط فى التضامن بين الدائنين أن يكون الدين غير قابل للانقسام ، توقيا من انقسامه على ورثة الدائنين ، وتيسيراً على المدين أن يوفى الدين كله لأى من الدائنين المتضامنين ولأى من ورثة هؤلاء .

١٠١٤ — ثانياً — انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء : قدمنا أنه إذا كان كل دائن متضامن وكيلا عن سائر الدائنين فى استيفاء الدين إذ أن هذا الاستيفاء فى مصلحتهم جميعا فيرجعون على الدائن كل بحصته فى الدين ، فإنه بالنسبة إلى أسباب الانقضاء الأخرى لا يعتبر الدائن المتضامن وكيلا عن سائر الدائنين بل يكون أصيلا عن نفسه فحسب ، لأن أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء لا تفيد سائر الدائنين كالوفاء فلا يجوز أن يضاروا به[1] .

فإذا جدد أحد الدائنين المتضامنين الدين مع المدين ، فإن التجديد يقضى حصة الدائن فى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين ، ولأى دائن آخر أن يرجع على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذى وقع منه التجديد ؛ فإذا ما رجع دائن آخر على المدين بالدين على الوجه المذكور ، فإن المدين يكون قد دفع كل الدين أولا عن طريق التجديد ثم دفعه مرة أخرى منقوصا منه

---

(١) فالوفاء يجعل مبلغ الدين فى حيازة الدائن . ومن ثم يستطيع الدائنون الآخرون أن يرجعوا عليه لاستيفاء حقوقهم إذا هم لم يتهاونوا . أما أسباب الانقضاء الأخرى فبعضها لا يجعل مبلغ الدين فى حيازة الدائن إلا حكما كما فى التجديد واتحاد الذمة والمقاصة ، وبعضها لا يجعل فى حيازة الدائن أى شىء على الإطلاق كما فى الإبراء والتقادم .

وقد طبق التقنين المدنى أسباب الانقضاء الأخرى تطبيقاً تشريعيا فى التضامن ما بين المدينين لكثرة وقوعه . واقتصر فى التضامن بين الدائنين على إيراد المبدأ لندرة هذا التضامن فى العمل كما قدمنا .

حصة الدائن الذى وقع منه التجديد ، فيرجع على هذا الدائن بما دفعه فى المرة الأخرى فإن هذا هو القدر الذى دفعه زائدا على ما فى ذمته .

وإذا وقعت مقاصة بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين . فإن هذه المقاصة لا تقضى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى وقعت معه المقاصة . فلا يجوز إذن للمدين أن يتمسك قبل الدائنين بالمقاصة التى وقعت مع واحد منهم إلا بقدر حصة هذا الدائن . ثم يرجع المدين على الدائن الذى وقعت معه المقاصة بما دفعه للدائنين الآخرين زائداً عما فى ذمته .

وإذا اتحدت ذمة أحد الدائنين المتضامنين بذمة المدين . بأن ورث المدين أحد الدائنين ، فإن اتحاد الذمة لا يقضى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى وقع معه اتحاد الذمة . فلا يتمسك المدين باتحاد الذمة إلا بقدر حصة هذا الدائن . ومن ثم يجبر على دفع الباقى من الدين لأى دائن آخر .

وإذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المدين . لم تبرأ ذمة المدين نحو سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى صدر منه الإبراء . ويرجع أى دائن آخر على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل نصيب هذا الدائن .

وإذا تقادم الدين بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين ولم يتقادم بالنسبة إلى الآخرين ، بأن كان الآخرون مثلا قد علق حقهم على شرط واقف أو أضيف إلى أجل فلم يسر التقادم بالنسبة إليهم إلا بعد سريانه بالنسبة إلى الدائن الأول ذى الحق المنجز . فانقضى حق هذا بالتقادم دون أن تنقضى حقوق أولئك ، فإن المدين لا يحتج على سائر الدائنين الذين لم ينقض حقهم بالتقادم إلا بقدر حصة الدائن الذى قضى التقادم حقه .

١٠١٥ — ثالثاً — أعمال الدائن التى من شأنها نفع سائر الدائنين أو الإضرار بهم : قدمنا أن وكالة كل دائن متضامن عن سائر الدائنين المتضامنين إنما تقوم فى كل عمل من شأنه أن ينفعهم . وهى لا تقوم فى أى عمل من شأنه أن يضر بهم . وهذا جد معقول ، فإن الدائنين المتضامنين إذا

وكل كل منهم الآخر فإنما يوكله فيما ينفعه لا فيما يضره . والمبدأ ذاته متبع أيضاً في التضامن السلبي كما سنرى(١) .

فكل عمل يفيد أحد الدائنين المتضامنين يسرى أثره في حق الباقين . فإذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم ، انقطع لصالح سائر الدائنين المتضامنين(٢) . وإذا أعذر أحد الدائنين المتضامنين المدين ، اعتبر المدين معذراً لصالح سائر الدائنين المتضامنين . وكذلك إذا طالب الدائن المدين مطالبة قضائية بالفوائد ، فإن الفوائد تسرى أيضاً لصالح سائر الدائنين . وإذا صالح أحد الدائنين المتضامنين المدين ، وتضمن الصلح إقرار المدين بالدين أو رتب في ذمته التزاما أو زاد في التزامه ، فإن هذا الصلح يفيد منه باقي الدائنين . وإذا أقر المدين لأحد الدائنين المتضامنين بالدين ، أفاد سائر الدائنين من هذا الإقرار . وإذا صدر حكم على المدين لصالح أحد الدائنين المتضامنين ، جاز للدائنين المتضامنين الباقين أن يتمسكوا بهذا الحكم لصالحهم ، إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالدائن الذي صدر الحكم لصالحه .

وكل عمل يضر أحد الدائنين المتضامنين لا يسرى أثره في حق الباقين . فإذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين ، فإن هذا الإعذار لا يسرى في حق الباقين . وإذا ارتكب أحد الدائنين المتضامنين خطأ استوجب مسئوليته قبل المدين ، فإن هذا الخطأ لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين المتضامنين ولا يكونون مسئولين عنه . وإذا صالح أحد الدائنين المتضامنين المدين ، وكان الصلح ينطوي على نزول من الدائن عن بعض حقه ، فإن هذا الصلح لا يسرى في حق الدائنين المتضامنين الآخرين . وفي توجيه اليمين ، إما أن يوجه المدين اليمين لأحد الدائنين المتضامنين ، أو يوجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين للمدين . ففي الحالة الأولى ، إذا حلف الدائن المتضامن أفاد من حلفه الباقون ، وإذا نكل لم يضار الباقون بنكوله . وفي الحالة الثانية ، إذا حلف المدين لم يضار الدائنون الآخرون بحلفه ، وإذا نكل أفاد من نكوله الدائنون الآخرون .

---

(١) انظر ما يلي فقرة ١٠٣٧ – ١٠٤٤ .

(٢) أما إذا كان سريان التقادم موقوفا بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين ، بأن كان مثلا ناقص الأهلية وليس له ولى ، فإنه لا يوقف بالنسبة إلى باقى الدائنين من لا يقوم بهم سبب لوقف التقادم . وذلك لأن أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفي الالتزام .

وإذا صدر حكم ضد أحد الدائنين المتضامنين لصالح المدين ، فإن هذا الحكم لا يحتج به على سائر الدائنين المتضامنين .

وهكذا يطرد المبدأ الذى قدمناه : ماكان من عمل يفيد سائر الدائنين فإنهم يفيدون منه ، وماكان من عمل يضرهم فإنهم لا يضارون به .

§ ٢ – علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض

١٠١٦ – انقسام الدين فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض : إذا كان الدين لا ينقسم فى علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين ، فإنه ينقسم فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض . وما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً منقسماً بينهم ، لكل منهم حصته . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٨٣ مدنى فى هذا المعنى على ما يأتى : «كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من المدين يصير من حق الدائنين جميعاً ، ويتحاصون فيه»[١] . وتسرى هذه القاعدة أياً كان المقدار الذى استوفاه الدائن ، كل الدين أو بعضه . فإذا كان قد استوفى بعض الدين ، جاز لكل دائن آخر أن يرجع عليه رجوعاً جزئياً بقدر حصته فى هذا البعض[٢] .

ويلتمس الأساس القانونى لرجوع كل دائن بحصته فى العلاقة التى قام التضامن على أساسها بين الدائنين المتضامنين . فقد يكونون ملاكاً على الشيوع لدار باعوها معاً متضامنين فى استيفاء الثمن ، فعقد البيع الذى أنشأ التضامن يمكن أن تستخلص منه وكالة ضمنية صادرة من كل بائع للبائعين الآخرين فى استيفاء الثمن نيابة عنه . فإذا أمكن استخلاص ذلك ، وهو ممكن فى أكثر الأحوال ، كان أساس الرجوع هو عقد الوكالة الضمنى المستخلص من رابطة التضامن . وإذا لم يمكن استخلاص وكالة ضمنية ، فإن قبض أحد الدائنين لجميع الدين إنما يكون أصالة فى حصته وفضالة فى حصص سائر الدائنين .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٨٣/١ (مطابق) – الليبى م ٢٧٠/١ (مطابق) – العراقى م ٣١٩/١ (موافق) – اللبنانى م ٢٠ (موافق) .

(٢) أما إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يفى له بحصته وحده فى الدين ، فقد قدمنا أن هذا الاتفاق يصح ، وتبرأ ذمة المدين بقدر هذه الحصة ، ويكون لأى دائن آخر أن يطالب المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذى استوفى حصته .

فيرجع هؤلاء على الدائن الذى استوفى الدين ، كل بقدر حصته ، على مقتضى قواعد الفضالة (١) .

١٠١٧ — كيف تتعين حصة كل دائن متضامن : تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٣ مدنى على ما يأتى : « وتكون القسمة بينهم بالتساوى ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » (٢) . ويغلب أن يكون هناك اتفاق سابق بين الدائنين المتضامنين يعين لكل دائن حصته فى الدين . وقد يتولى القانون هذا التعيين إذا لم يكن هناك اتفاق . فإذا أغفل البائعون فى الشيوع مثلا تعيين نصيب كل منهم فى الثمن ، فإن القواعد القانونية تقضى بأن الثمن ينقسم بينهم كل بنسبة حصته فى الدار الشائعة المبيعة . بل إن القواعد القانونية قد تقضى بأن يكون أحد الدائنين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، وذلك إذا كان الدائنون الآخرون ليسوا إلا وكلاء سخرهم للعمل بالنيابة عنه وجعلهم دائنين متضامنين معه . فى مثل هذه الحالة إذا كان الذى استوفى الدين من المدين هو الدائن صاحب المصلحة فيه ، فليس لأحد من الآخرين حق الرجوع عليه بشىء . أما إذا كان الذى استوفى الدين هو دائن آخر ، فإن صاحب المصلحة فى الدين يرجع عليه بكل ما قبض لأنه هو وحده صاحب الدين .

فإذا لم يوجد اتفاق بين الدائنين أو حكم فى القانون ، لم يبق إلا اعتبار الدائنين المتضامنين متساوين جميعا فى حصصهم ، وقسم الدين بالتساوى بينهم بحسب الرؤوس (parts viriles) .

وإذا أعسر الدائن الذى استوفى الدين عند رجوع الدائنين الآخرين عليه ،

---

(١) ونرى (انظر ما يلى فقرة ١٠٤٦) أن المدين المتضامن ، إذا وفى كل الدين ، رجع على المدينين المتضامنين كل بقدر حصته ، إما بدعوى شخصية تقوم على الوكالة أو الفضالة كما فى التضامن الإيجابى ، أو بدعوى الحلول وهذه لا تتصور فى التضامن الإيجابى لأنها تقوم على أن مدينا دفع الدين فحل محل الدائن ، أما فى التضامن الإيجابى فالدائن استوفى الدين ولكنه لا يحل محل المدين .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٨٣/٢ (مطابق) — الليبى م ٢٧٠/٢ (مطابق) — العراقى م ٣١٩ (موافق) — اللبنانى م ٢١ (موافق) .

تحمل هؤلاء تبعة إعساره ولا يتحمل المدين شيئاً من ذلك وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إليه .

المبحث الثانى

التضامن بين المدينين

١٠١٨ — أهمية الموضوع لكثرة وقوعه فى العمل : التضامن بين المدينين يقع كثيراً فى العمل . وقل أن نجد دائنا له مدينون متعددون فى التزام ولا يشترط تضامنهم . بل إن كثيراً ما تتولى نصوص القانون نفسه مهمة إنشاء هذا التضامن .

والواقع من الأمر أن التضامن بين المدينين يعتبر أقوى ضرب من ضروب الكفالة الشخصية . فالدائن إذا أخذ كفيلا بحقه . وكان الكفيل غير متضامن مع المدين ، كانت هذه هى المرتبة الدنيا من الكفالة الشخصية ، لأن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إذا طلب الكفيل التجريد إلا بعد الرجوع على المدين . فإذا اشترط الدائن تضامن الكفيل مع المدين . وصل إلى مرتبة أعلى من الكفالة الشخصية لأنه يستطيع أن يرجع ابتداء على الكفيل . ولكن لايزال التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين الأصلى ، وهذا يجر إلى نتائج تنزل بالكفيل عن درجة المدين الأصلى فى المديونية . فإذا جعل الدائن الاثنين مدينين أصليين واشترط تضامنهما ، وصل بذلك إلى المرتبة العليا من الكفالة الشخصية ، إذ يستطيع أن يرجع ابتداء على أيهما شاء مع تعادلهما فى مرتبة المديونية ، فيصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد ، كل منهما ملتزم نحوه بالدين جميعه .

فبقدر ما رأينا لتضامن الدائنين من مضار نرى مزايا لتضامن المدينين ، وندرة التضامن بين الدائنين فى العمل لا يعدلها إلا كثرة وقوع التضامن بين المدينين . على أن كلا من هذين النوعين من التضامن يقوم على أسس واحدة : وحدة الالتزام مع تعدد الروابط ، ووكالة متبادلة ولكن فيما ينفع لا فيما يضر . ومن ثم نتوخى فى بحث التضامن بين المدينين نفس الخطة التى اتبعناها فى بحث التضامن بين الدائنين . فنتكلم : (١) فى مصدر التضامن بين المدينين . (٢) ثم فى

الآثار التي تترتب على هذا التضامن . ولكننا هنا نكون أكثر إسهابا ، لأهمية الموضوع وكثرة وقوعه في العمل كما قدمنا .

المطلب الأول

مصدر التضامن بين المدينين

١٠١٩ — الاتفاق أو نص القانون : رأينا أن مصدر التضامن بين الدائنين هو الاتفاق . أما التضامن بين المدينين فمصدره إما الاتفاق أو القانون . ولذلك تكون المادة ٢٧٩ مدني . وهي التي تقضي كما رأينا بأن التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون ، أكثر انطباقا على التضامن السلبي منها على التضامن الإيجابي .

§ ١ — الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين

١٠٢٠ — الاتفاق على تضامن المدينين لا يفترض — إثباته : أكثر ما يقوم تضامن المدينين على اتفاق بينهم وبين الدائن . فيشترط عليهم الدائن تضامنهم في العقد ذاته الذي أنشأ الدين أو في اتفاق لاحق . وقد يكون الاتفاق على التضامن صريحاً . ولا يشترط فيه لفظ مخصوص . بل يكفي أن تستعمل عبارة تفيد معنى التضامن . كأن يشترط الدائن على المدينين أن يكون كل واحد منهم مسئولا أمامه عن كل الدين . وقد يكون الاتفاق ضمنيا . فإذا تعهد كل مدين بنفس الدين في التزام مستقل أمكن أن يستخلص التضامن من ذلك[١] .

على أنه لا يجوز افتراض قيام التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقا صريحاً أو ضمنيا . على أن يكون هذا الاتفاق واضحا لا شك فيه[٢]. فإذا باع

---

(١) انظر في الاشتراط الضمني للتضامن : نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٨٨ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٦ — ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٠ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٧ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٧ — وانظر م ٢٧٩ مدني آنفاً فقرة ١٠٠٨ — ١٠٠٩ .

شخص دارا إلى ثلاثة على الشيوع صفقة واحدة . دون أن يعين حصة كل واحد منهم فى الدار أو فى الثمن ، لم يجز أن يستخلص من ذلك أن الثلاثة متضامنون فى الوفاء بالثمن ، لأن التضامن لا يفترض . ولوجب القول عند عدم تعيين حصة كل منهم إن الثلاثة متساوون فى الحصص . فلكل منهم ثلث الدار . وعلى كل منهم ثلث الثمن بعد انقسام الدين عليهم . ويترتب على عدم جواز افتراض التضامن أن على من يدعيه أن يثبت وجوده . وعند الشك يعتبر التضامن غير قائم(١) .

وشرط التضامن . صريحاً كان أو ضمنيا . يثبت طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات . فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا كان الالتزام يزيد على عشرة جنيهات . وإلا جاز الإثبات بالبينة والقرائن(٢) .

١٠٢١ – التضامن بين المدينين فى المسائل التجارية : والتضامن بين المدينين لا يفترض فى المسائل التجارية(٣) كما هو لا يفترض فى المسائل المدنية . فالنص الذى يقضى بأن التضامن لا يفترض لا يميز بين المسائل المدنية والمسائل التجارية ، والتقنين التجارى ينص فى حالات خاصة على التضامن مما يستخلص منه بمفهوم المخالفة أن التضامن لا يقوم فى غير هذه الحالات المنصوص عليها . ومن ثم لا يفترض قيام التضامن بين التجار لا فى العقود التجارية ولا فى الالتزامات التجارية التى يكون مصدرها الإثراء بلا سبب . وإنما يقوم التضامن

---

(١) والحكم الذى يقضى بتضامن المدينين . دون أن يبين مصدر هذا التضامن وهل هو اتفاق أو نص فى القانون . وإذا كان اتفاقا هل هو اتفاق صريح أو ضمنى . وإذا كان اتفاقا ضمنيا كيف استخلص قاضى الموضوع من عبارات التعاقد وظروفه وجوده الذى لا شك فيه ، يكون حكما قاصراً يتعين نقضه (نقض فرنسى أول نوفمبر سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٤ – ١ – ١٣٣ – أول يونيه سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ – ١ – ٢٥٣) .

(٢) وإثبات التضامن بالقرائن لا يتعارض مع عدم جواز افتراض التضامن . فإن معنى افتراض التضامن هو أن وجود التضامن مجرد افتراض ، أما إثبات التضامن بالقرائن فمعناه أن شرط التضامن موجود فعلا لا افتراضا وأن وجوده ثابت بالقرائن .

(٣) ولكن الكثرة الغالبة من فقهاء فرنسا ، والقضاء الفرنسى معهم ، يذهبون جميعا إلى أن التضامن يفترض فى المسائل التجارية على خلاف المسائل المدنية . ويبررون ذلك بأن التقاليد منذ عهد القانون الفرنسى القديم قد استقرت على افتراض التضامن فى المسائل التجارية ، نزولا على مقتضيات الائتمان التجارى .

بين التجار فى الحالات التى ورد فيها نص فى القانون وفى الالتزامات التى يكون مصدرها عملا غير مشروع . وفيما عدا ذلك لابد من شرط يقضى بالتضامن ، على أن هذا الشرط يمكن استخلاصه فى المسائل التجارية بأيسر مما يستخلص فى المسائل المدنية لسببين : (أولا) إذا أراد الدائن إثبات شرط التضامن فى المسائل التجارية . فإن جميع طرق الإثبات تكون مفتوحة أمامه أيا كانت قيمة الالتزام . (ثانيا) فإذا أراد إثبات التضامن بالقرائن ، كان من أهم هذه القرائن أن يكون الالتزام قائما بين التجار فى مسألة تجارية . فإن هذا وحده يمكن اعتباره قرينة هامة إذا عززتها قرائن أخرى أمكن قاضى الموضوع أن يستخلص قيام التضامن فى كثير من اليسر .

§ ٢ – نص القانون كمصدر للتضامن بين المدينين

١٠٢٢ – *نصوص متناثرة فى التقنينات والتشريعات المختلفة* : وليس الاتفاق وحده هو مصدر التضامن السلبى . بل كثيراً مايقوم التضامن بين المدينين بموجب نص فى القانون كما قدمنا . وإذا قام التضامن على نص فى القانون لم يجز أن يقاس عليه غيره[1] ، فإن أحوال التضامن القانونى مذكورة على سبيل الحصر .

والنصوص التى تقيم التضامن السلبى كثيرة متناثرة فى نواحى التقنينات والتشريعات المختلفة . وأهم هذه النصوص نجدها فى التقنينين المدنى والتجارى .

١٠٢٣ – *أمثلة من النصوص فى التقنين المدنى* : من ذلك أولا التزامات مصدرها العقد . كالمادة ٦٥١ مدنى وتقيم التضامن بين المهندس والمقاول فى مسئوليتهما عن تهدم البناء . والمادة ٧٠٧ مدنى وتقيم التضامن بين الوكلاء إذا تعددوا . والمادة ٧٠٨ مدنى وتقيم التضامن بين الوكيل ونائبه . والمادة ٧١٢ مدنى وتقيم التضامن بين الموكلين إذا تعددوا .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تضامن المتنازل والمتنازل له ، فى المسئولية عما استحق من ضرائب على المنشآت المتنازل عنها إلى تاريخ التنازل بموجب المادة ٥٩ من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٣٩ بعد تعديلها بالقانون ١٣٧ لسنة ١٩٤٨ ، مقصور على طرفى التنازل وحدهما ، ولايتعداهما إلى المتنازلين والمتنازل لهم المتعاقبين والسابقين على هذا التنازل ، لأن التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن (نقض مدنى ١٩ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١١٨ ص ٨٣٤) .

ومن ذلك ثانيا الالتزامات التي مصدرها العمل غير المشروع . وتقيم المادة ١٦٩ مدنى بوجه عام التضامن بين المسئولين المتعددين فى المسئولية التقصيرية . وهذا نص من النصوص الجوهرية فى التضامن . إذ أن العمل غير المشروع قد أصبح فى العصر الحاضر مصدرا هاما من مصادر الالتزام . فوضع النص مبدأ عاما هو التضامن فى المسئولية التقصيرية . وهذا بخلاف المسئولية العقدية فالتضامن فيها غير مقرر كمبدأ عام . بل يجب لقيامه شرط أو نص فى القانون . وقد سبق أن عالجنا التضامن فى المسئولية التقصيرية . فنحيل هنا إلى ماقدمناه هناك[1] .

ومن ذلك أخيراً التزامات مصدرها الفضالة . كالمادة ١٩٢ مدنى وتقيم التضامن بين الفضوليين إذا تعددوا .

١٠٢٤ — أمثلة من النصوص فى التقنين التجارى : من ذلك المادة ٢٢ تجارى . وتقيم التضامن بين الشركاء فى شركة التضامن فى أموالهم الشخصية عن جميع التزامات الشركة . ومن ذلك المادة ١١٧ تجارى . وتقيم التضامن بين ساحب الكمبيالة والمحايلين المتعاقبين لها فى مسئوليتهم عن قبول المسحوب عليه الكمبيالة وعن دفعه إياها فى ميعاد الاستحقاق . ومن ذلك المادة ٢٥٤ تجارى . وتقيم التضامن بين مأمورى التفليسة فيما يتعلق بإجراءات إدارتهم .

§ ٣ – وحدة المحل وتعدد الروابط – الالتزام التضامنى

١٠٢٥ — وحدة المحل وتعدد الروابط : والتضامن بين المدينين . كالتضامن بين الدائنين . يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد المحل .

فتعدد المدينين من شأنه أن يجعل الروابط متعددة ، ويرتبط الدائن بكل مدين بموجب رابطة مستقلة عن الروابط التى تربطه بالمدينين الآخرين . ونتائج التعدد فى روابط المدينين بالدائن فى التضامن السلبى هى نفس نتائجها فى روابط الدائنين بالمدين فى التضامن الإيجابى . فيجوز إذن أن تكون بعض هذه الروابط موصوفة — معلقة على شرط أومضافة إلى أجل — والروابط الأخرى بسيطة . ويجوز أن يشوب بعض الروابط عيب فى الإرادة أونقص

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٧٣ وفقرة ٣٨٧ .

فى الأهلية وتكون الروابط الأخرى غير مشوبة بشىء من ذلك . ويجوز أخيراً أن تنقضى بعض الروابط وتبقى الروابط الأخرى .

وبالرغم من تعدد الروابط فإن الالتزام يحتفظ بوحدة المحل . وإلا لانقسم الدين على المدينين ولكان التزاما متعدد الأطراف من ناحية المدين كما سبق القول .

وتعدد الروابط ووحدة المحل فى التضامن السلبى هما . كما فى التضامن الإيجابى . المحور الذى تدور عليه جميع أحكام التضامن[(١)] كما سنرى .

١٠٢٦ — الالتزام التضامى (obligation in solidum) : الالتزام التضامنى (obligation solidaire) هو . كما رأينا . متعدد الروابط موحد المحل . وهو أيضاً موحد المصدر . فإذا كان التضامن مصدره الاتفاق . كان التزام المدينين المتضامنين مصدره واحد وهو العقد . وإذا كان التضامن مصدره نص فى القانون . كما فى التزام الوكلاء المتعددين أو الالتزام عن عمل غير مشروع . فإن مصدر الالتزام التضامنى هو عقد وكالة واحد أو عمل غير مشروع واحد صادر من أشخاص متعددين فأحدث ضررا واحداً[(٢)] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يناط تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلبى والإيجابى بفكرتين هما فكرة وحدة الدين وفكرة تعدد الروابط . ومن مقتضى الفكرة الأولى فى التضامن السلبى أن يكون كل من المدينين المتضامنين ملتزما فى مواجهة الدائن بالدين كاملا غير منقسم ، وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهم على انفراد أو إليهم مجتمعين . وإذا وجهها إلى أحدهم ولم يفلح فى استيفاء الدين منه كله أو بعضه ، فله أن يعود لمطالبة المدينين الآخرين وأى واحد منهم يختاره بما بقى من الدين ، كما أن له إذا ما طالبهم مجتمعين أمام القضاء أن يتنازل عن بعضهم ويحصر مطالبته بجملة الدين فى أحدهم أو فى بعضهم دون أن يسوغ لهؤلاء أن يطالبوه باستنزال حصة من حصل التنازل عن مطالبته منهم — ومن مقتضى الفكرة الثانية أن كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة ومتميزة عن الروابط التى تربط المدينين الآخرين بهذا الدائن . فإذا شابت رابطة أحد المدينين المتضامنين عيوب خاصة بها مع بقاء الروابط الأخرى التى تربط الدائن بالمدينين الآخرين سليمة من العيوب . فإن عيوب رابطة معينة لا تتعداها إلى رابطة أخرى . وإذا زال الالتزام بالنسبة إلى المدين الذى اعترى رابطته الفساد ، فإن زوال هذا الالتزام لا يمس التزام المدينين الآخرين ، فيظل كل واحد منهم ملتزما قبل الدائن بالدين بأسره ، ويكون للمدين الذى تعيبت رابطته وحده الحق فى التمسك بالعيب الذى شاب رابطته . ولا يكون له أن يطالب باستنزال حصة المدين الذى تعيبت رابطته . فهذه الحصة لا تستنزل مادام العيب قاصراً على رابطة دون غيرها . وكل هذا تطبيق لما نصت عليه المادة ٢٨٥ مدنى (نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٣١ ص ٢٣٤) .

(٢) وقد يتعدد الخطأ فى العمل غير المشروع ، ولكن مادام الضرر يجب أن يكون واحدا ، والضرر هو أحد أركان المسئولية التقصيرية ، فوحدة الضرر تتغلب على تعدد الخطأ .

ولكن قد يتعدد مصدر الالتزام . وتتعدد روابطه . مع بقاء محله واحداً . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدنى من أنه « إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية . فإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله . إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » . فهنا وجد كفلاء متعددون . وكل منهم قد التزم فى عقد مستقل بكفالة دين واحد . فمصدر التزام كل كفيل متعدد إذ التزم الكفلاء بعقود متوالية . والروابط التى تربط الكفلاء المتعددين بالدائن هى أيضاً روابط متعددة إذ كل كفيل منهم تربطه بالدائن رابطة مستقلة . ولكن الدين الذى التزم كل بأدائه هو دين واحد : المصدر إذن متعدد . والروابط متعددة . والمحل واحد . فلا يكون هؤلاء الكفلاء ملتزمين بطريق التضامن . لأن التضامن يقتضى أن يكون المصدر واحداً لا متعدداً كما قدمنا . ولكن لما كان كل منهم ملزما بنفس الدين . فقد تضامت ذممهم جميعا فى هذا الدين الواحد دون أن تتضامن . فالالتزام يكون التزاما تضامميا (obligation in solidum) لا التزاما تضامنيا (obligation solidaire) .

والذى يميز الالتزام التضاممى عن الالتزام التضامنى أن المدينين المتضامين فى الالتزام التضاممى لا تجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضامنين فى الالتزام التضامنى . ذلك أن التضامن يقتضى كما قدمنا وحدة المصدر . ووحدة المصدر هذه هى التى تفترض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين . أما فى الالتزام التضاممى فالمصدر متعدد . فلا محل إذن لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامين .

ولهذا التمييز أهمية كبيرة فى تعيين الآثار التى تترتب على التضامم فى الالتزام وتلك التى تترتب على التضامن فيه . أما الآثار التى تترتب على التضامم فتقتصر على ما تقتضيه طبيعة الموقف . إذ كل من المدينين مدين بنفس الدين وبكل الدين . فيترتب على ذلك بداهة أن الدائن يستطيع أن يطالب أى مدين منهم بكل الدين . وإذا هو استوفاه من أحدهم برئت ذمة الآخرين . كذلك يستطيع أى مدين منهم أن يوفى الدائن كل الدين . فتبرأ بذلك ذمة الآخرين . أما فيما يتعلق برجوع المدينين المتضامنين بعضهم على بعض . فهذا يتوقف على ما بينهم من علاقة . فالكفلاء الذين كفلوا مدينا واحدا بعقود متوالية . إذا وفى أحدهم

الدين كله للدائن برئت ذمة الكفلاء الآخرين من هذا الدين نحو الدائن . ولكن يجوز للكفيل الذى دفع الدين أن يرجع بدعوى الحلول عليهم ليطالب كلا منهم بحصته فى الدين . كما يجوز له أن يرجع بكل الدين على المدين الأصلى . والآثار التى تترتب على التضامن فى الالتزام . حيث يفترض وجود المصلحة المشتركة ما بين المدينين المتضامنين . أبعد مدى من ذلك . فلا يقتصر الأمر فى الالتزام التضامنى على ما تقدم . بل إن المصلحة المشتركة تبرر مبدأ أساسيا فى التضامن يقضى بأن كل مدين متضامن يمثل المدينين الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم . ولولا وجود هذه المصلحة المشتركة لما كان هناك محل لتمثيل المدينين الآخرين لا فيما يضر ولا فيما ينفع . ومن أجل ذلك لا يقوم هذا التمثيل فى الالتزام التضامى حتى فيما ينفع . إذ لا توجد مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامين . فإذا أعذر أحد الكفلاء المتوالين الدائن . لم يكن الدائن معذراً بالنسبة إلى الكفلاء الآخرين . وإذا صدر حكم لمصلحة أحد هؤلاء الكفلاء . لم يستفد منه الباقون . وقل مثل ذلك فى سائر الآثار التى تدعى بالآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن[1] . والتى سيرد بيانها تفصيلا فيما يأتى[2] .

---

(١) ولنورد أمثلة أخرى للالتزام التضامى : (ا) فى الدعاوى المباشرة نجد للدائن مدينين يرجع على أى منهما بنفس الدين ، فالمؤجر يستطيع أن يرجع بالأجرة على كل من المستأجر الأصلى بموجب عقد الإيجار الأصلى والمستأجر من الباطن بموجب عقد الإيجار من الباطن وهو يعطى للمؤجر دعوى مباشرة بالأجرة بموجب نص فى القانون ، فتعدد المصدر ، فكان الالتزام تضاميا لا تضامنيا . (ب) إذا تعاقد عامل فنى مع صاحب مصنع ، وأخل بتعهده بأن خرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل الفنى وصاحب المصنع المنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع الأول ، العامل الفنى بموجب المسئولية العقدية وصاحب المصنع المنافس بموجب المسئولية التقصيرية ، فتعدد مصدر الالتزام ، وكانت المسئولية بالتضامم لا بالتضامن . (جـ) وفى كل حالة يكون فيها شخصان مسئولين عن دين واحد لسببين مختلفين ، تكون مسئوليتهما عن هذا الدين مسئولية تضامية . مثل ذلك أن يبيع المقترض عينا ويشترط على المشترى أن يدفع الثمن للمقرض وفاء للقرض . فهنا يوجد شخصان مسئولان عن وفاء القرض : المقترض وسبب مسئولية عقد القرض ، والمشترى وسبب مسئولية عقد البيع بما يشتمل عليه من اشتراط لمصلحة الغير ، فتعدد المصدر ، ووجد التضامم دون التضامن .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١٠٢٨ وفقرة ١٠٣٧ – ١٠٤٤ .

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على تضامن المدينين

١٠٢٧ — العلاقة ما بين الدائن والمدينين وعلاقة المدينين بعضهم ببعض : هنا أيضاً نبحث ، كما بحثنا فى تضامن الدائنين ، أمرين : (١) العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين . (٢) وعلاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض .

§ ١ – العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين

١٠٢٨ — المبادئ الأساسية : المبادئ الأساسية التى تقوم عليها العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين فى التضامن السلبى هى نفس المبادئ التى تقوم عليها العلاقة ما بين المدين والدائنين المتضامنين فى التضامن الإيجابى :

(أ) فللدائن مطالبة أى مدين متضامن بكل الدين . ولأى مدين متضامن الوفاء بكل الدين للدائن . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة وحدة المحل . فالدائن يستطيع أن يطالب بالكل . كما يستطيع أى مدين أن يفى بالكل . لأن الكل فى هذه الحالة شىء واحد .

(ب) أما أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء ، من تجديد ومقاصة واتحاد ذمة وإبراء وتقادم ، فإنها إذا تحققت بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين اقتصر أثرها عليه . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة تعدد الروابط . فكل مدين تربطه بالدائن رابطة تتميز عن روابط المدينين الآخرين . فإذا انقضت هذه الرابطة بسبب غير الوفاء لم يترتب على انقضائها انقضاء الروابط الأخرى .

(ج) ولا يجوز لأى مدين متضامن أن يأتى عملا من شأنه أن يضر بباقى المدينين . ولكن إذا أتى عملا من شأنه أن ينفعهم أفادوا منه . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة النيابة التبادلية . فكل مدين ينوب عن المدينين الآخرين فيما ينفع لا فيما يضر . وهذا ما جرت العادة بتسميته بالآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن .

فنتكلم إذن ، كما تكلمنا فى التضامن الإيجابى ، فى مسائل ثلاث : (١) انقضاء

الدين بالوفاء . (ب) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء . (ج) النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر .

(ا) انقضاء الدين بالوفاء

١٠٢٩ — لأى مدين متضامن أن يوفى الدائن كل الدين : تنص المادة ٢٨٤ مدنى على أنه « إذا كان التضامن بين المدينين . فإن وفاء أحدهم بالدين مبرئ لذمة الباقين »(١) . فأى مدين إذن يستطيع أن يفى الدين كله للدائن . ولا يستطيع الدائن أن يرفض الاستيفاء أو ألا يستوفى إلا حصة المدين فى الدين . وهذا ما لم يتفقا على أن يدفع المدين للدائن حصته فى الدين فقط . فعند ذلك يكون للدائن أن يرجع على أى مدين آخر بالدين بعد استنزال حصة المدين المدفوعة . وإذا وفى المدين الدين كله للدائن ، برئت ذمة سائر المدينين المتضامنين .

١٠٣٠ — وللدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن : وتنص المادة ٢٨٥ مدنى على أنه « ١ — يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين . ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين . ٢ — ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين . ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا »(٢) . فللدائن إذن أن يختار أى مدين متضامن ويطالبه بالدين جميعه(٣) . وهذا هو أهم أثر للتضامن السلبى ، فإن هذا النوع من التضامن مقرر فى الأصل لمصلحة الدائن . بل هو يفوق

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٨٤ (مطابق) — الليبى م ٢٧١ (مطابق) — العراقى م ٣٢٢ (موافق) — اللبنانى م ٢٩ (موافق ، فيما عدا حكم المقاصة وسيأتى بيانه : انظر ما يلى فقرة ١٠٣٣ فى الهامش) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٨٥ (مطابق) — الليبى م ٢٧٢ (مطابق) — العراقى م ٣٢١ (موافق) . اللبنانى م ٢٣ و ٢٥ — ٢٨ (موافق) .

(٣) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٦ ص ٧١٦ — وإذا كان المدينان المتضامنان لا يملك كل منهما أكثر من خمسة أفدنة ، وإن كان مجموع ما يملكانه أكثر من خمسة أفدنة ، لم يجز للدائن أن ينفذ على أى منهما بدعوى أنهما يملكان معاً نصاب الحجز (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٣) .

فى الضمان الكفالة ولوكان الكفيل متضامنا كما سبق القول(١) . ويراعى الدائن فى مطالبته للمدين ما يلحق رابطة هذا المدين من وصف يعدل من أثر الدين . إذ يجوز أن يكون أحد المدينين المتضامنين مدينا تحت شرط واقف ويكون مدين آخر دينه مضاف إلى أجل ؛ فلا يستطيع الدائن أن يرجع على الأول إلا إذا تحقق الشرط ولا على الثانى إلا إذا حل الأجل .

وإذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بكل الدين ، كان لهذا المدين أن يدخل فى الدعوى باقى المدينين المتضامنين أو بعضهم حتى إذا حكم عليه بكل الدين حكم له على كل من الآخرين بقدر حصته(٢) . بل إن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال باقى المدينين فى الدعوى . وكذلك يجوز لهؤلاء أن يتدخلوا هم من تلقاء أنفسهم ليرعوا مصالحهم ويمنعوا ما قد يقع من تواطؤ بين الدائن والمدين المرفوعة عليه الدعوى . وإذا اختار الدائن مدينا متضامنا وطالبه بكل الدين ، فإن هذا لا يمنعه من مطالبة مدين آخر وإدخاله خصما فى الدعوى وطلب الحكم على الدائنين متضامنين . وله أن يترك دعواه الأولى ويرفع دعوى جديدة على المدين الآخر يطالبه فيها وحده بكل الدين(٣) . ويجوز للدائن أن يطالب المدينين المتضامنين مجتمعين . ويصدر الحكم عليهم بالدين متضامنين فيه . ويستطيع الدائن بموجب هذا الحكم أن ينفذ على أى منهم بكل الدين(٤) .

ولكل مدين متضامن ، عند مطالبة الدائن له ، أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا . فيحتج بعيب فى رضائه أو بنقص فى أهليته أو بسبب لانقضاء الدين غير الوفاء قام به وحده كالمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم . وهذه هى أوجه الدفع الخاصة به . ويحتج

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠١٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٨ – ٣ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٥ .

(٣) وإذا لم يستطع الدائن أن يستوفى من المدين الذى يطالبه إلا جزءاً من الدين ، فإنه يستطيع أن يطالب أى مدين آخر بالباقى من الدين بعد استنزال الجزء الذى استوفاه من المدين الأول .

(٤) وإذا رفع الدائن الدعوى على المدينين المتضامنين مجتمعين ، جاز له رفعها فى أية محكمة تكون مختصة بنظر الدعوى بالنسبة إلى واحد منهم أيا كان .

بالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا . كعيب فى الشكل أو سبب لفسخ العقد أو سبب لبطلانه أو إبطاله بالنسبة إلى جميع المدينين أو أن يكون مدين آخر قد وفى الدين كله للدائن فبرئت منه ذمة جميع المدينين . ولكن المدين لا يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين . كما إذا وقع تدليس أو إكراه على غيره . أو كان غيره ناقص الأهلية . أو كان التزام غيره معلقاً على شرط أو مضافا إلى أجل . أو قام بمدين آخر سبب لانقضاء الدين غير الوفاء فلا يحتج هو بهذا السبب إلا بقدر حصة هذا المدين .

وإذا مات أحد المدينين المتضامنين . بقيت تركته مشغولة بالدين جميعه . ويجوز للدائن أن يرجع عليها به كاملا . ومن ثم يكون الدين فى التضامن السلبى ، بفضل القاعدة الشرعية التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين . غير منقسم على ورثة المدين دون حاجة إلى أن يكون الدين نفسه غير قابل للانقسام . وهذا بخلاف التضامن الإيجابى على ما رأينا[١] .

(ب) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٠٣١ — المبدأ العام : فى التضامن السلبى . كما فى التضامن الإيجابى . إذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين قبل الدائن بسبب غير الوفاء . لم تبرأ ذمة الباقين إلا بقدر حصة المدين الذى برئت ذمته[٢] . وقد طبق التقنين المدنى هذا المبدأ تطبيقاً تفصيليا فى التجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم . لما لهذا التطبيق التفصيلى من أهمية عملية فى التضامن السلبى .

١٠٣٢ — التجديد : تنص المادة ٢٨٦ مدنى على أنه « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين . إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم »[٣] . فإذا جدد الدائن الدين مع أحد المدينين المتضامنين . انقضى الدين القديم بتأميناته ومنها التضامن . فتبرأ ذمة المدينين

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠١٣ .

(٢) وذلك فيما عدا التجديد كما سنرى (انظر ما يلى فقرة ١٠٣٢) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٨٦ (مطابق) — الليبى م ٢٧٣ (مطابق) — العراقى م ٣٢٣ (مطابق) — اللبنانى م ٣١ (موافق) .

المتضامنين جميعا ، لا ذمة المدين الذى أجرى التجديد مع الدائن فحسب . وإذا أراد الدائن أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد . فعليه أن يحصل على موافقة باقى المدينين المتضامنين على أن يلتزموا متضامنين بهذا الدين ، فإذا لم يوافقوا على ذلك وكان الدائن قد اشترط لتمام التجديد موافقتهم . فإن التجديد لا ينعقد . ويظل الالتزام التضامنى القديم قائما .

أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقى المدينين — لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين القديم ولا على أن يتضامنوا فى الالتزام بالدين الجديد — بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط ، فقد افترض المشرع افتراضا معقولا أن نية الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمة المدينين المتضامنين من الالتزام التضامنى القديم . على أن هذا الافتراض قابل للدحض . فيجوز للدائن وقت إجراء التجديد أن يفصح عن نيته بأنه لا يقصد من هذا التجديد أن يبرئ ذمة باقى المدينين المتضامنين ، بل قصد أن يبرئ ذمة المدين الذى أجرى معه التجديد وحده ، فيكون الدائن قد احتفظ على هذا النحو بحقه قبلهم . ويكون له أن يرجع على أى منهم بالدين بعد استنزال حصة المدين الذى أجرى معه التجديد . ويتفق عندئذ حكم التجديد مع حكم سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء ، كما يتفق حكم التجديد فى التضامن السلبى مع حكمه فى التضامن الإيجابى .

١٠٣٣ — المقاصة : تنص المادة ٢٨٧ مدنى على أنه « لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر . إلا بقدر حصة هذا المدين »(١). فإذا كان الدين ثلثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة بحصص متساوية . وكان لمدين منهم ثلثمائة فى ذمة الدائن . ورجع الدائن على هذا المدين بالذات . تمسك هذا بانقضاء الدين بالمقاصة . فيعتبر الدين منقضيا لا بالنسبة إلى هذا المدين وحده ، بل بالنسبة إليه وإلى المدينين الآخرين . ويكون للمدين الذى وقعت معه المقاصة أن يرجع على شريكيه فى الدين كل منهما بمائة ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٨٧ (مطابق) — الليبى م ٢٧٤ (مطابق) — العراق م ٣٢٤ (مطابق) — اللبنانى م ١/٣٣٤ (تختلف فى أن المدين المتضامن فى التقنين اللبنانى لا يستطيع أن يتمسك بمقاصة مع غيره من المدينين ولو بقدر حصة هذا المدين ، ويتفق التقنين اللبنانى فى ذلك مع التقنين الفرنسى : م ١٢٩٤/٣ مدنى فرنسى ومع ذلك انظر م ٢٩ و م ٣٧ لبنانى) .

لأنه يكون فى حكم من وفى الدين وقد وفاه فعلا بطريق المقاصة .

أما إذا اختار الدائن أن يطالب بالدين أحد المدينين الآخرين ، فليس للمدين المطالب أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت مع المدين الأول إلا بقدر حصة هذا المدين ، أى بمقدار مائة . وعليه أن يوفى الدائن مائتين ، يرجع بمائة منها على المدين الثالث . أما المدين الأول فله ثلثمائة فى ذمة الدائن كما قدمنا ، يستنزل منها حصته فى الدين وهى مائة ، ويرجع على الدائن بالباقى وهو مائتان .

١٠٣٤ — اتحاد الذمة : تنص المادة ٢٨٨ مدنى على أنه « إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن[1] » . ونستعرض فى اتحاد الذمة صورتين :

(الصورة الأولى) أن يموت الدائن فيرثه أحد المدينين المتضامنين . ونفرض أن الدين ثلثمائة وأن المدينين المتضامنين ثلاثة حصصهم متساوية كما فى المثال السابق ، وأن المدين الذى ورث الدائن هو الوارث الوحيد . فتكون الذمتان قد اتحدتا فى شخص المدين ، وانقضى الدين باتحاد الذمة . فإذا اعتبر المدين نفسه مدينا قد وفى الالتزام التضامنى ، كان له أن يرجع على شريكيه كل بمقدار حصته أى بمائة . وإذا اعتبر المدين نفسه قد ورث الدائن فأصبح دائناً مكانه — وهذا هو ما يقتضيه اتحاد الذمة[2] — كان له أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصته هو فيه ، فيستوفى من أى منهما مائتين ، ويرجع المدين الذى وفى المائتين على شريكه بحصته فى الدين وهى مائة ، وهذا ما تقضى به المادة ٢٨٨ مدنى سالفة الذكر .

(الصورة الثانية) أن يموت أحد المدينين المتضامنين فيرثه الدائن ، والمسألة بحالها . فلو كان الوارث ينتقل إليه الدين الذى على مورثه ، لاتحدت الذمتان فى شخص الدائن وبقدر حصة المدين فى الدين ، ويبقى للدائن بعد ذلك أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين الباقيين بمائتين ، ويكون بذلك قد استنزل

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٨٨ (مطابق) — الليبى م ٢٧٥ (مطابق) — العراق م ٣٢٥ (مطابق) — اللبنانى م ٣٥ (موافق) .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١٢١٥ .

حصة المدين الذى ورثه وهى مائة . ونصل إلى نفس النتيجة عمليا لو طبقنا أحكام الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق هنا . حيث لاينتقل إلى الوارث دين مورثه . ذلك أن الدائن فى هذه الحالة . ولولم ينقض الدين باتحاد الذمة وبقيت التركة مسئولة عنه . لا يستطيع أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين الآخرين بأكثر من مائتين . إذ لو طالبه بكل الدين وهو ثلثمائة لجاز للمدين أن يطلب استنزال مائة هى حصة التركة التى ورثها الدائن .

١٠٣٥ — الإبراء : تنص المادة ٢٨٩ مدنى على أنه : « ١ — إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك ٢ — فإذا لم يصدر منه هذا التصريح . لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين . وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الإبراء لصالحه بحصته فى الدين » . وتنص المادة ٢٩٠ مدنى على أنه « إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين . مالم يتفق على غير ذلك » . وتنص المادة ٢٩١ مدنى على أنه « ١ — فى جميع الأحوال التى يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين سواء أكان الإبراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقاً للمادة ٢٩٨ . ٢ — على أنه إذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين ، فإن الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة المعسر »(١) . وهذه النصوص تواجه حالتين :

(**الحالة الأولى**) أن يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين . فإذا اقتصر الدائن على هذا الإبراء ولم يصرح بغير ذلك ، افترض أنه أراد إبراء ذمة هذا المدين وحده . ويستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة المدين الذى أبرأه . فى المثال السابق — الدين ثلثمائة والمدينون

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٨٩ — ٢٩١ (مطابق) — الليبى م ٢٧٦ — ٢٧٨ (مطابق) — العراق م ٣٢٦ — ٣٢٨ (موافق) — اللبنانى م ٣٢ — ٣٣ و ٤٢ — ٤٣ (موافق فى مجموع النصوص مع خلاف فى بعض التفصيلات) .

المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية — إذا أبرأ الدائن أحد المدينين ، كان له أن يطالب أيا من المدينين الآخرين بمائتين . ومن وفى المائتين يرجع على المدين الآخر بمائة هي حصته في الدين[1]. فإذا كان هذا المدين الآخر معسراً ، كان للمدين الذى وفى المائتين أن يرجع على المدين الذى أبرأه الدائن بنصيبه في حصة المعسر وهو خمسون ، ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ المدين أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين . ففي هذه الحالة يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر ، ولا يستطيع مطالبة المدين غير المعسر بالمائتين كلها بل يطالبه بمائة وخمسين .

ولكن يجوز للدائن عند إبرائه المدين أن يصرح بما انصرفت إليه نيته بالنسبة إلى المدينين الآخرين . فقد يصرح بأنه أراد بإبرائه لأحد المدينين أن يبرئ الباقين ، فلا يرجع عندئذ على أحد . وقد يصرح على النقيض من ذلك بأنه لم يرد بإبرائه للمدين أن يبرئ المدينين الآخرين حتى من حصة المدين الذى أبرأه . وعندئذ يكون له أن يطالب أيا من المدينين الآخرين بثلثمائة . ومن دفع يرجع بمائة على كل من المدين الذى أبرأه الدائن والمدين الآخر . وقد يجد المدين الآخر معسراً فيرجع على المدين الذى أبرأه الدائن بمائة وخمسين محملا إياه نصيبه في حصة المعسر . وهذا ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ المدين الأول أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين . فعندئذ يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر ، كما يتحمل أيضاً حصة هذا المدين في الدين ما دام قد أخلاه من كل مسئولية عنه . ولا يستطيع أن يطالب المدين غير المعسر إلا بمائة وخمسين هي حصته من الدين أضيف إليها نصيبه في حصة المعسر[2] .

(الحالة الثانية) أن يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط . فعندئذ لا يستطيع أن يطالبه إلا بحصته في الدين وهى المائة[3] . ولكنه يستطيع

---

(١) نقض مدنى ١٠ يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥ .

(٢) وتقدير ما انصرفت إليه نية الدائن في الإبراء مسألة واقع لا معقب على محكمة الموضوع فيها من محكمة النقض (نقض مدنى ١٠ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥) .

(٣) ومتى تنازل الدائن أمام محكمة أول درجة عن طلب التضامن ، فإنه لا يملك العودة إلى طلب التضامن في الاستئناف إذ يعد هذا طلبا جديداً لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٤٧ ص ٣٥٣ — استئناف مصر ٥ يناير ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ ص ١٦٩) .

أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بكل الدين أى بثلثمائة . ومتى وفى أحدهما الدين كله . رجع على المدين الآخر بمائة وهى حصته فى الدين . ثم رجع على المدين الأول الذى أبرأه الدائن بمائة وهى حصته فى الدين كذلك . فإذا كان المدين الآخر معسراً . رجع المدين الذى وفى الدين كله على المدين الذى أبرأه الدائن بنصيبه فى حصة المعسر تضاف إلى حصته فى الدين . فيرجع عليه بمائة وخمسين . وقد يتفق الدائن . عند إبرائه للمدين الأول من التضامن . مع هذا المدين أو مع غيره من المدينين أو معهم جميعا . على أن يرجع على أى من المدينين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة المدين الذى أبرأه من التضامن ، فيرجع عندئذ على أى منهما بمائتين . ويرجع المدين الذى وفى المائتين على المدين الآخر بحصته فى الدين وهى مائة[1] . فإذا كان هذا المدين الآخر معسراً ، رجع المدين الذى وفى المائتين على المدين الذى أبرأه الدائن من التضامن بنصيبه فى حصة المعسر . كل هذا ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ المدين من التضامن أراد تخليه من كل مسئولية عن الدين فيما عدا حصته . فعندئذ يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر . ولا يرجع على المدين الموسر إلا بمائة وخمسين[2] .

١٠٣٦ — التقادم : تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ مدنى على أنه « إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين »[3] . ويمكن أن نتصور انقضاء الدين بالتقادم بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين دون الآخرين إذا قطع الدائن التقادم بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين دون بعض فيكتمل التقادم بالنسبة إلى بعض المدينين دون أن يكتمل بالنسبة إلى الباقين . أو يكون أحد

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٢٩ .

(٢) ويلاحظ أنه اتسع فى الإبراء . كما اتسع فى التجديد ، فروض مختلفة فى تأول نية الدائن . وذلك لأن كلا من الإبراء والتجديد تصرف قانونى أى إرادة يجوز أن تتجه إلى نية أو إلى أخرى . وهذا بخلاف أسباب الانقضاء الأخرى — المقاصة واتحاد الذمة والتقادم — فهذه كلها وقائع مادية لا تتسع إلا لحكم واحد لا يتغير ، كما رأينا فى المقاصة واتحاد الذمة ، وكما سنرى فى التقادم .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٩٢/١ (مطابق) — الليبى م٢٧٩/١ (مطابق) — العراقى م ٣٢٩/١ (موافق) — اللبنانى م ٢٧ و م ٣٤٧ (موافق) .

المدينين المتضامنين دينه مؤجل أو معلق على شرط واقف فلا يسرى التقادم في حقه فوراً ويسرى في حق الآخرين فيكتمل التقادم للباقى قبل أن يكتمل للأول . فإذا وقع ذلك ، وانقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون أن ينقضى بالنسبة إلى الآخرين ، فإن الدائن لا يستطيع أن يطالب من انقضى دينه بالتقادم ، ولكن يستطيع أن يطالب أيا من الباقين بالدين بعد استنزال حصة المدين الذى انقضى دينه بالتقادم . ففى المثل السابق — الدين ثلثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية — إذا انقضى دين المدين الأول بالتقادم ، فإن الدائن يرجع على أى من المدينين الآخرين بمائتين ، ومن دفع منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة[1] . فإذا كان من دفع المائتين عند رجوعه على الآخر بالمائة وجده معسراً فإنه يرجع على المدين الذى انقضى دينه بالتقادم بنصيبه فى حصة المعسر ، أى يرجع عليه بخمسين . ذلك أنه لا يرجع بالدين القديم الذى انقضى بالتقادم ، بل يرجع بدعوى الوكالة أو الفضالة كما سنرى[2] . وهذه الدعوى لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها إلا من وقت دفع المائتين .

(ج) النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر

١٠٣٧ — المبدأ العام : قدمنا أنه يقوم بين المدينين المتضامنين نيابة تبادلية بموجبها يكون كل مدين متضامن ممثلا للآخرين ونائبا عنهم فيما ينفعهم لا فيما يضرهم ، وهذا هو عين ما قررناه فى التضامن الإيجابى . وقد طبق التقنين المدنى هذا المبدأ العام ، فى التضامن السلبى ، تطبيقات مختلفة نستعرضها فيما يأتى :

١٠٣٨ — انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين : تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٢ مدنى على ما يأتى : « وإذا انقطعت مدة

---

(١) وإذا اكتمل التقادم لأحد المدينين ، ورجع الدائن على مدين غيره ، فلم يتمسك هذا بالتقادم ليستنزل حصة المدين الذى تقادم دينه ، بل دفع الدين كله ، فليس له أن يرجع على المدين الذى تقادم دينه بحصته فى الدين .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١٠٤٦ .

التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين . فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين»[١] . فإذا قطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين . لم ينقطع بالنسبة إلى الباقين بل يستمر ساريا حتى يكتمل . وذلك لأن المدين الذى انقطع التقادم فى حقه لا ينوب عن الباقى فى أمر هو ضار بهم . وقد يقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون الباقى ، ويتحقق ذلك مثلا بأن تكون زوجة دائنة لزوجها ومعه مدينون آخرون متضامنون فى نفس الدين ، أو بأن يكون قاصر دائنا لوصيه ومع الوصى مدينون آخرون متضامنون . فنى هذه الحالة يقف التقادم بين الزوجة وزوجها لقيام المانع الأدبى . وبين القاصر ووصيه لقيام علاقة الأصيل بالنائب . ولما كان وقف التقادم ضارا بالمدينين المتضامنين الآخرين . فإن المدين الذى وقف التقادم فى حقه لا يكون ممثلا للباقين فيما يضرهم . ومن ثم لا يقف بالتقادم فى حق المدينين المتضامنين الآخرين وإن وقف فى حق الزوج وفى حق الوصى[٢] .

١٠٣٩ — خطأ أحد المدينين المتضامنين فى تنفيذ التزامه : تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٣ مدنى على أنه « لا يكون المدين المتضامن مسئولا

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٩٢/٢ (مطابق) — الليبى م ٢٧٩/٢ (مطابق) — العراقى م ٣٢٩/٢ (مطابق) — اللبنانى م ٣٦/٢ و ٣ (موافق فيما يتعلق بوقف التقادم ، أما قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فإنه يسرى فى حق الآخرين فى التقنين اللبنانى كما هو الأمر فى التقنين الفرنسى) .

(٢) هذا إلى أن أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفى الالتزام . فيقتصر أثره عليهما . وقد رأينا أنه إذا قام بأحد الدائنين المتضامنين سبب لوقف التقادم فإن التقادم يقف بالنسبة إليه وحده دون سائر المدينين المتضامنين ، وإن كان وقف التقادم يفيدهم وكان ينبغى وفقاً للمبدأ العام أن يتعدى أثره إليهم . ولكن لما كانت أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفى الالتزام ، فإن الأثر يقتصر على من قام بشخصه سبب الوقف (انظر آنفاً فقرة ١٠١٥ فى الهامش) .

ويجوز أن يكتمل التقادم بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامنين . ويترك بعضهم هذا الدفع فلا يسقط الدين بالتقادم بالنسبة إليهم . وفى هذه الحالة يكون ترك الدفع بالتقادم من بعض المدينين ضارا بالباقين فلا يسرى فى حقهم ، ويجوز أن يدفعوا هم بالتقادم بالرغم من ترك الآخرين لهذا الدفع .

فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله »(١) . وهذا تطبيق آخر لاستبعاد مبدأ النيابة التبادلية فيما يضر . فالمفروض أن أحد المدينين المتضامنين قد ارتكب خطأ فى تنفيذ التزامه جعله مسئولا عن التعويض أمام الدائن . فيكون هذا المدين هو المسئول وحده عن هذا الخطأ . ولا يتعدى أثر ذلك إلى باقى المدينين . فإذا فرضنا أن ثلاثة باعوا متضامنين شيئاً لمشتر واحد . فهؤلاء الثلاثة مدينون بالتضامن بتسليم الشىء إلى المشترى . فإذا كان اثنان منهم منوطا بهما حفظ الشىء إلى وقت تسليمه . وقصر واحد منهما فى حفظه تقصيراً جسيما حتى هلك ، وقصر الآخر فى الحفظ تقصيراً يسيراً . أما الثالث فلم يكن منوطا به حفظ الشىء كما قدمنا . فإن الثلاثة يكونون متضامنين فى رد الثمن إلى المشترى وفقاً لأحكام المادة ٤٣٧ مدنى . التى تقضى بأنه إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن . ثم إن المدينين اللذين ارتكبا تقصيراً فى حفظ الشىء يكونان متضامنين فى تعويض المشترى . فوق رد الثمن . عن التقصير اليسير الذى ارتكبه الثانى منهما . ويكون الأول . وهو الذى ارتكب الخطأ الجسيم . مسئولا وحده عن تعويض إضافى بسبب تقصيره الجسيم . ثم إن المشترى إذا رجع على المدين الثالث بكل الثمن . ورجع على المدين الثانى بكل التعويض الناشئ عن التقصير اليسير . ورجع على المدين الأول بالتعويض الإضافى الناشئ عن التقصير الجسيم . فإن المدين الثالث ولم يصدر منه أى تقصير يرجع بالثمن الذى رده للبائع على المدينين الأول والثانى كل بقدر حصته ، ثم يرجع المدين الثانى على المدين الأول بحصته فى التعويض عن التقصير اليسير . ولا يرجع المدين الأول بشىء على أحد فى التعويض الإضافى الذى استحق عليه بسبب تقصيره الجسيم فهذا فعله هو فيستقل بنتائجه .

١٠٤٠ — الإعذار والمطالبة القضائية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٣ مدنى على ما يأتى : « وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين . أما إذا أعذر أحد المدينين

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٩٣/١ (مطابق) — الليبى م ٢٨٠/١ (مطابق) — العراقى م ٣٣٠ فى صدرها (مطابق) — اللبنانى م ٣٨ (موافق) .

المتضامنين الدائن فإن باقى المدينين يستفيدون من هذا الإعذار »[1] . فإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين ، أنتج الإعذار أثره فى حق هذا المدين وحده ، فيكون مسئولا عن التعويض ويحمل تبعة الهلاك . ولايتعدى أثر الإعذار إلى باقى المدينين المتضامنين لأن المدين المعذر لايمثلهم فيما يضرهم . ولكن إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن . فإن هذا الإعذار تترتب عليه نتائج قانونية أهمها أن الشيء تنتقل تبعة هلاكه إلى الدائن . فإذا فرض أن ثلاثة باعوا عينا معينة بالذات لمشتر واحد . وتضامنوا جميعا فى الالتزام بتسليمها إلى المشترى ، فتبعة هلاك العين قبل التسليم يتحملها البائعون الثلاثة . فإذا أعذر أحد البائعين المتضامنين المشترى يدعوه لتسلم العين وتأخر المشترى فى تسلمها ، ثم هلكت العين بسبب أجنبى ، فإن المشترى هو الذى يحمل تبعة الهلاك ، لا بالنسبة إلى البائع الذى صدر منه الإعذار وحده . بل أيضاً بالنسبة إلى البائعين الآخرين اللذين لم يصدر منهما الإعذار ولو كان أحدهما هو الذى كان يحرز العين وقت هلاكها . فالإعذار الصادر من أحد المدينين المتضامنين تفيد نتائجه المدينين الآخرين ، لأنه يمثلهم فيما ينفعهم .

وقد يقوم الدائن بمطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية . فهذه المطالبة تقطع التقادم وتجعل الفوائد تسرى . ولما كانت هذه النتائج ضارة بالمدينين الآخرين . وكان المدين الذى طولب مطالبة قضائية لا يمثل الآخرين فيما يضرهم . لذلك لاتتعدى آثار هذه المطالبة إلى باقى المدينين المتضامنين ، فيكون المدين الذى طولب قضائيا هو وحده الذى ينقطع فى حقه التقادم ، وهو وحده الذى تسرى فى حقه الفوائد القانونية .

١٠٤١ — الصلح مع أحد المدينين المتضامنين : تنص المادة ٢٩٤ مدنى على أنه « إذا تصالح الدائن مع أحد المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أوبراءة الذمة بأية وسيلة أخرى . استفاد منه الباقون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما أويزيد فيما هم ملتزمون به ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٩٣/٢ (مطابق) — الليبى م ٢٨٠/٢ (مطابق) — العراق م ٢٣٠ فى عجزها (مطابق) — اللبنانى م ٣٠ و ٣٨ (موافق — وقد ذكر الإعذار دون المطالبة القضائية) .

فإنه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه »(١) . والمفروض هنا أن الالتزام التضامنى متنازع فيه بين الدائن وجميع المدينين المتضامنين . فعمد الدائن إلى الصلح مع أحد المدينين . فهذا الصلح قد يتخذ اتجاها فى مصلحة المدينين المتضامنين، وقد يتخذ اتجاها ليس فى مصلحتهم . فإن اتخذ اتجاها فى مصلحتهم . بأن نزل الدائن فيه عن جزء من الدين أو نزل عن فوائده أو عن بعضها أو نحو ذلك ، ورأى باقى الدائنين أن هذا الصلح يفيدهم . جاز لهم أن يتمسكوا به ولو لم يكونوا أطرافا فيه ولم يصدر منهم قبول له . فإن المدين الذى أجرى الصلح يمثلهم فيما يفيدهم . وإن اتخذ الصلح اتجاها ليس فى مصلحتهم . بأن سوأ المدين مركزه عما كان قبل النزاع أو ارتضى شروطا للصلح ضارة ، لم يسر هذا الصلح فى حقهم ولا يحتج به عليهم . فإن المدين الذى أجرى الصلح لا يمثلهم فيما يضرهم ، وذلك ما لم يصدر منهم قبول خاص للصلح بعد صدوره .

١٠٤٢ — إقرار أحد المدينين المتضامنين أو إقرار الدائن : تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ مدنى على أنه « إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين »(٢). والمفروض هنا أن الدائن ليس لديه دليل للإثبات سوى إقرار أحد المدينين المتضامنين . فلا يحتج بهذا الإقرار على بقية المدينين لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر . ولأن المدين الذى أقر لا يمثل بقية المدينين فى عمل يضرهم. وعلى العكس من ذلك إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين ، فإن هذا الإقرار يفيد الباقى(٣). لأن المدين هنا يمثل المدينين الآخرين فيما ينفعهم .

١٠٤٣ — حلف اليمين أو النكول عنها : تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٩٥ مدنى على ما يأتى : « ٢ — وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٩٤ (مطابق) — الليبى م ٢٨١ (مطابق) — العراق م ٢٣١ (مطابق) — اللبنانى م ٣٤ (موافق) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٩٥/١ (مطابق) — الليبى م٢٨٢/١ (مطابق) — العراق م٢٣٢/١ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل (ولكن الحكم ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة).

(٣) وهذا ما لم يكن إقرار الدائن متعلقاً بشىء خاص بالمدين دون غيره ، فلا يتعدى أثر الإقرار فى هذه الحالة إلى غير هذا المدين .

عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها . فلا يضار بذلك باقي المدينين . ٣ – وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف . فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك »(١) . والمفروض هنا أن الدائن اقتصر على مدين متضامن واحد ووجه إليه اليمين . أو وجه هذا المدين اليمين إلى الدائن .

فإذا وجه الدائن اليمين إلى المدين المتضامن فحلف . فإن حلفه يفيد باقي المدينين . وإن نكل . فلا يضر نكوله بالباقي(٢) .

وإذا وجه المدين المتضامن اليمين إلى الدائن فحلف . فإن حلفه لا يضر باقي المدينين . وإن نكل . أفاد الباقي من نكوله .

١٠٤٤ – صدور حكم على أحد المدينين المتضامنين أو لصالحه : تنص المادة ٢٩٦ مدني على أنه « ١ – إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين . فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين . ٢ – أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقون . إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه »(٣) . فإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين وحده دون أن يكون الباقي داخلين في الدعوى . فإن هذا أمر ضار بهم . فلا يسري الحكم في حقهم ولا يحتج عليهم به(٤) . وإذا صدر حكم لصالح أحد المدينين المتضامنين

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢٩٥/٢ و٣ (مطابق) – الليبي م ٢٨٠/٢ و٣ (مطابق) – العراقي م ٣٢٢/٢ و٣ (موافق) – اللبناني م ٣٧ (موافق) .

(٢) والمفروض أن الدائن قد « اقتصر » – كما يقول النص – في توجيه اليمين على أحد المدينين المتضامنين . أما إذا وجه اليمين إليهم جميعا ، فحلف بعضهم ونكل بعض آخر . فمن نكل منهم يضار بنكوله ولا يستفيد من أن الآخرين قد حلفوا .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢٩٦ (مطابق) – الليبي م ٢٨٣ (مطابق) – العراقي م ٢٣٣ (مطابق) – اللبناني م ١/٣٦ (موافق) .

(٤) ومع ذلك يجوز لهم أن يطعنوا في الحكم بطريق اعتراض الشخص الخارج عن الخصومة (م ٤٥٠/٢ مرافعات) . وذلك بدلا من أن ينتظروا رجوع المدين المحكوم عليه إذا نفذ الحكم ضده وفى بالدين كله . فقد يفضلون المبادأة ويبادرون إلى الطعن في الحكم ذاته بطريق الاعتراض .

وإذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين في الدعوى وصدر حكم ضدهم . فإن الطعن في هذا الحكم من أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقي (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٨١ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٤ – ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٦) . وإذا صدر في الطعن حكم ضد المدين الذى رفع الطعن . لم يضار الباقون به ، وكان لكل منهم حق الطعن =

أفاد منه الباقون واستطاعوا أن يحتجوا بهذا الحكم[١]. وذلك ما لم يكن الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه ، كما إذا كان التزام هذا المدين معلقاً على شرط فاسخ تحقق . فالحكم الصادر بزوال الدين لتحقق الشرط الفاسخ لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين الذين كانت ديونهم منجزة[٢].

§ ٢ – علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض

١٠٤٥ – متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين المتضامنين الآخرين : التضامن لا يقوم إلا فى العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين . أما فى علاقة المدينين بعضهم ببعض فإن الدين ينقسم عليهم[٣] ، ويكون لمن وفى منهم الدين للدائن حق الرجوع على الآخرين ، كل بقدر حصته كما سيأتى .

= فى الحكم الأول إذا كان باب الطعن لا يزال مفتوحا أمامه . والمدين الذى انقضى ميعاد الطعن بالنسبة إليه أن ينضم للمدين الذى رفع الطعن فى الميعاد (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨ ص ٣٦ – ١٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٠ ص ١٩٧) . فإذا لم ينضم المدين الذى فوت ميعاد الطعن إلى زميله الذى رفع الطعن فى الميعاد ، بقى الحكم الصادر ضده نهائيا بالنسبة إليه (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٢ ص ٢٣) .

(١) استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٩٣ – ولكن لا يستطيعون التنفيذ به . وإذا طعن الدائن فى هذا الحكم فصدر فى الطعن حكم بإلغائه ، زال أثر الحكم الأول بالنسبة إلى سائر المدينين ، ولم يجز لهم الاحتجاج به بعد ذلك .

(٢) وإذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين فى الدعوى ، وصدر حكم لصالحهم ، فإن الطعن فى هذا الحكم من الدائن بالنسبة إلى أحد منهم لا يضر الباقين ، وإذا حصل الدائن ، فى الطعن ، على حكم لصالحه يلغى الحكم الأول ، فإن هذا الحكم لا يسرى فى حق الباقين الذين لم يدخلوا فى هذا الطعن .

وإعلان الحكم الصادر لمصلحة جميع المدينين المتضامنين من أحدهم يجعل ميعاد الطعن يسرى لصالحه ولصالح باقى المدينين المتضامنين (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٦ – ٣١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩) . فيما إذا رفع الدائن استئنافا بعد الميعاد ضد المدين الذى أعلن الحكم ، فيجوز عندئذ لمدين آخر لم يعلن الحكم أن يدخل فى هذا الاستئناف ويطلب الحكم بعدم قبوله لرفعه بعد الميعاد ، لا فحسب بالنسبة إلى زميله الذى أعلن الحكم ، بل أيضاً بالنسبة إليه هو . فإذا لم يدخل فى الاستئناف على هذا النحو ، ولم ينقض ميعاد الاستئناف بالنسبة إليه لعدم إعلانه الحكم ، لم يكن له أن يدفع بعدم قبول الاستئناف الذى يرفعه عليه الدائن (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٧ ص ٨٧٣) .

(٣) نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٤ ص ٣٣٤ .

وحق الرجوع يثبت للمدين إذا وفى كل الدين[١]. وليس من الضرورى أن يكون قد وفاه فعلا . بل يكفى أن يكون قد قضى الدين نحو الدائن بطريق يقوم مقام الوفاء[٢] . فيجوز أن يكون قد وفى الدين بمقابل . ويجوز أن يكون قد وفى الدين بطريق المقاصة ، ولكن يشترط فى ذلك أن يكون الدائن قد طالب بالدين هذا المدين بالذات الذى قام به سبب المقاصة . فعند ذلك يتمسك المدين بانقضاء الدين بالمقاصة فينقضى الدين وتبرأ ذمته منه كما تبرأ ذمة المدينين المتضامنين الآخرين . فيرجع على هؤلاء كل بقدر حصته[٣] . كذلك قد يوفى المدين المتضامن الدين بطريق التجديد[٤] . أو بطريق اتحاد الذمة[٥] .

وليس من الضرورى ، حتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين ، أن يكون قد وفى للدائن كل الدين . فيجوز أن يفى ببعض الدين إذا قبل الدائن منه هذا الوفاء الجزئى . ومع ذلك يكون له الرجوع

---

(١) ويجب أن يكون الوفاء الذى قام به المدين قد عاد بالفائدة على سائر المدينين المتضامنين . فلو أن المدين لم يخطر المدينين الآخرين بأنه وفى عنهم الدين ، وقام أحد منهم بوفاء الدين للدائن مرة ثانية وهو لا يعلم أن المدين الأول قد وفاه ، ثم أخطر سائر الدائنين بأنه قد وفى الدين ، فإن حق الرجوع يثبت لهذا المدين الذى وفى الدين مرة ثانية دون المدين الأول .

(٢) ولكن لا يكفى أن يكون الدين قد حل وأن يتوقع المدين أن الدائن سيرجع عليه هو دون سائر المدينين ، حتى يكون ذلك مبرراً للمدين فى الرجوع مقدما على سائر المدينين خشية إعسارهم . بل لا بد من أن يكون المدين قد قضى الدين فعلا إما بالوفاء ، أو بطريق يقوم مقام الوفاء . على أنه يجوز للمدين المتضامن إذا طالبه الدائن بالدين أن يدخل معه فى الدعوى سائر المدينين المتضامنين ، ويطلب إلى المحكمة فى حالة الحكم عليه بالدين أن تقضى له بالرجوع على المدينين الآخرين (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧٠ رقم ١٩٣) .

(٣) أما إذا طالب الدائن بالدين مدينا متضامنا آخر غير الذى قام به سبب المقاصة ، فإن هذا المدين الآخر لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة إلا بقدر حصة المدين الذى وقعت معه ، وعليه أن يدفع للدائن الدين بعد أن يستنزل منه هذه الحصة ، ثم يكون له حق الرجوع على المدينين الآخرين .

(٤) وقد رأينا (انظر آنفاً فقرة ١٠٣٢) أنه ما لم يحتفظ الدائن بحقه قبل المدينين الآخرين فإن ذمة هؤلاء تبرأ بالتجديد ، وعند ذلك يكون للمدين الذى وقع منه التجديد حق الرجوع على المدينين الآخرين كل بقدر حصته .

(٥) فإن كان المدين هو الذى ورث الدائن ، فقد رأينا (انظر آنفاً فقرة ١٠٣٤) أنه يجوز له أن يرجع باعتباره مدينا فى الدين على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته .

بما دفعه للدائن على المدينين الآخرين كل بنسبة حصته فى الدين[١] .

١٠٤٦ — الأساس القانونى لرجوع المدين — الدعوى الشخصية

ودعوى الحلول : ويرجع المدين المتضامن على المدينين المتضامنين الآخرين ، عند وفائه بالدين للدائن . إما بالدعوى الشخصية (action personnelle) أو بدعوى الحلول (action en subrogation)

يرجع بالدعوى الشخصية إذا نظرنا إلى سابق علاقته بالمدينين المتضامنين الآخرين . فهم فى الغالب جميعا أصحاب مصلحة مشتركة فى الدين . فإذا أدى واحد منهم الدين عن الباقى . فهذا إما أن يكون وكيلا عنهم فيرجع عليهم بدعوى الوكالة . أو أن يكون فضوليا يعمل لمصلحتهم فيرجع عليهم بدعوى الفضالة . وكل من دعوى الوكالة ودعوى الفضالة دعوى شخصية تسمح للمدين الذى وفى الدين أن يرجع على كل من المدينين الآخرين بقدر حصته فيه . ومزية هذه الدعوى الشخصية هى أنها تجعل للمدين الحق فى تقاضى فوائد عما دفعه للدائن زائداً على حصته . لحساب المدينين الآخرين ، من يوم الدفع (م ٧١٠ مدنى للوكالة وم ١٩٥ مدنى للفضالة)[٢] .

ويرجع المدين المتضامن الذى وفى الدين بدعوى الحلول ، أى بدعوى

---

(١) على أنه يجوز للمدين ، كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ١٠٢٩) ، أن يتفق مع الدائن على أن يدفع له حصته فى الدين أو جزءاً منها ، فى هذه الحالة لا يرجع المدين الذى اقتصر على دفع حصته أو على جزء منها بشىء على المدينين الآخرين ، ويرجع الدائن على هؤلاء بالباقى من الدين بعد أن يستنزل ما دفعه له المدين . أما إذا دفع المدين أكثر من حصته ، فله الرجوع على المدينين الآخرين بما دفعه زائداً على هذه الحصة ، ويساهم هؤلاء فى ذلك كل بنسبة حصته فى الدين ، ويرجع الدائن عليهم بما بقى من الدين بعد أن يستنزل كل ما دفعه المدين له .

ويفترض ، عندما يوفى المدين جزءاً من الدين ، أن هناك اتفاقا ضمنيا بينه وبين الدائن على أنه إنما يوفى حصته فى الدين أو جزءاً منها ، فذلك أقرب إلى المألوف فى التعامل (نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٠ ص ٥٨٥) .

(٢) وليست هذه الفوائد هى الفوائد التى ينتجها الدين الأصلى ، ولكنها فوائد مستقلة يتقاضاها — بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى إذا كان هناك اتفاق على ذلك — على مجموع المبالغ ، من رأس مال وفوائد ومصروفات ، التى أداها للدائن زائداً على حصته فى الدين (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١١٠) ، فيتقاضاها حتى لو كان الدين الذى وفاه للدائن لا ينتج فوائد أصلا .

الدائن الذى وفاه الدين وقد حل محله فيه . وهذا بموجب المادة ٣٢٦ مدنى وتقضى بأن يحل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه . والمدين المتضامن الذى وفى الدين ملزم به مع المدينين الآخرين ، فإذا وفاه للدائن حل محله فيه عند الرجوع على المدينين الآخرين . ومزية دعوى الحلول هذه أن المدين المتضامن ، إذا رجع بها ، تكون له التأمينات ذاتها التى كانت للدائن بعد أن حل محله (م٣٢٩ مدنى)(١).

١٠٤٧ — انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم :

تنص المادة ٢٩٧ مدنى على أنه « ١ — إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن . ٢ — وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك »(٢) . فينقسم الدين إذن على المدينين المتضامنين ، حتى لو رجع المدين الذى وفى الدين بدعوى الحلول . وقد كان منطق دعوى الحلول يقتضى أن يرجع المدين بما كان يرجع به الدائن نفسه ، أى يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن آخر بعد أن يستنزل حصته هو من الدين . ولكن العمل بهذا المنطق يؤدى إلى سلسلة من دعاوى للرجوع لا مبرر لها . فلو أن المدينين المتضامنين كانوا مثلا خمسة حصصهم فى الدين متساوية وكان الدين خمسمائة ، ووفى أحدهم كل الدين للدائن وحل محله فيه ، فإن منطق دعوى الحلول يقتضى كما قلنا أن يرجع المدين الذى وفى الدين على أحد المدينين الأربعة بأربعمائة ، وهذا الثانى يرجع على الثالث بثلثمائة ، وهذا الثالث يرجع على الرابع بمائتين ،

---

(١) نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٣ ص ١٦٨ — على أن الدعوى الشخصية تمتاز كما رأينا بالفوائد التى يتقاضاها المدين عن المبالغ التى دفعها للدائن زائدة على حصته فى الدين . وتمتاز أيضاً بأن التقادم لا يسرى بالنسبة إليها إلا من وقت وفاء المدين الدين للدائن ، أما بالنسبة إلى دعوى الحلول فإن التقادم كان ساريا من وقت حلول الدين الذى وفاه المدين . وبديهى أن هذا الوقت متقدم على وقت الوفاء ، فتتقادم دعوى الحلول قبل أن تتقادم الدعوى الشخصية لو كانت مدة التقادم المقررة قانونا لكل من الدعويين واحدة .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٩٧ (مطابق) — الليبى م ٢٨٤ (مطابق) — العراقى م ٣٣٤/١ (موافق) — اللبنانى م ٣٩ — ٤٠ (موافق) .

وهذا الرابع يرجع على الخامس بمائة . فالأولى من الناحية العملية أن يقسم المدين الأول منذ البداية الدين على المدينين الأربعة ، ويرجع على كل منهم بمائة . ولا ضير من هذا التقسيم . فإنه إذا وجد أحدهم معسراً رجع على الثلاثة الموسرين بنصيب كل منهم في حصة المعسر كما سنرى[1] .

يرجع إذن المدين الذى وفى الدين على كل من المدينين الآخرين ، كل بقدر حصته . فإذا وجد اتفاق منذ نشوء الدين على تعيين حصة كل منهم فيه ، وجب العمل بهذا الاتفاق . وقد يكون الاتفاق ضمنيا ، كما إذا اشترى ثلاثة دارا فى الشيوع . للأول النصف وللثانى الثلث وللثالث السدس . وتضامنوا فى دفع الثمن للبائع ، فينقسم الدين بينهم بنسبة حصة كل منهم فى الدار . وإذا لم يوجد اتفاق . ولكن وجد نص فى القانون ، وجب اتباع النص . من ذلك مانصت عليه المادة ١٦٩ مدنى من أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر . وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى . إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » . فيجوز إذن للقاضى . بموجب هذا النص . أن يعين حصة كل من المسئولين عن العمل الضار فى التعويض الذى يلتزمون به ، على حسب جسامة خطأ كل منهم ومدى ما أحدثه بفعله من الضرر . فإذا لم يوجد اتفاق أو نص فى القانون ، لم يبق إلا جعل حصص المدينين جميعا متساوية ، إذ لا مبرر لجعل حصة أكبر من أخرى ، ويفترض تساويهم فى مصلحتهم المشتركة فى الدين .

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١٠٤٨ — هذا إلى أن المنطق الذى أوردناه لدعوى الحلول يعارضه منطق آخر لدعوى نفسها . ذلك أن المدين الذى وفى الدين فى المثل المتقدم إذا رجع على أحد المدينين الأربعة بأربعمائة ، كان لهذا المدين الثانى بعد أن يدفع الأربعمائة للمدين الأول أن يحل هو أيضاً محل الدائن قبل هذا المدين الأول بالذات بعد أن يستنزل حصته فى الدين ، فيرجع عليه بثلثمائة . فيكون المدين الأول قد استوفى من المدين الثانى أربعمائة ثم وفاه ثلثمائة فى دعويين متتابعتين ، فخلص له عن كل ذلك مائة . فالأول إذن أن يستوفى هذه المائة منذ البداية وفى دعوى واحدة .

ويفسر جوسران انقسام الدين بأن التضامن ينقضى بمجرد استيفاء الدائن حقه ، فينقسم الدين بانقضاء التضامن بعد أن أصبح الأمر مقتصراً على علاقة المدينين بعضهم ببعض . فإذا حل المدين الذى وفى الدين محل الدائن ، حل فى دين منقسم ، فلا يرجع على أى مدين آخر إلا بمقدار حصته فى الدين (جوسران ٢ فقرة ٧٧٩) .

١٠٤٨ — تحمل الموسرين من المدينين المتضامنين لحصص المعسرين

منهم : تنص المادة ٢٩٨ مدنى على أنه « إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الآخرين الموسرين ، كل بقدر حصته »(١) . وهنا تبرز فكرة التضامن فتلامس حتى علاقة المدينين فيما بينهم ، ذلك بأنهم ، حتى فى علاقتهم بعضهم ببعض ، يتضامنون فى تحمل حصة المعسر منهم . ولكن هذه الحصة تنقسم بينهم بنسبة الحصة الأصلية لكل منهم فى الدين . فلا يرجع المدين الذى وفى كل الدين على أى من المدينين الموسرين إلا بمقدار حصته وبنصيبه فقط فى حصة المعسر . فلو أن المدينين المتضامنين كانوا ثلاثة حصصهم فى الدين متساوية ، وكان الدين ثلثمائة ، ودفعه واحد منهم ، فإنه يرجع على كل من الاثنين الآخرين بمائة . فلو كان واحد منهما معسراً ، رجع الدافع على الموسر بمائة وخمسين ، مائة هى حصة الموسر وخمسين هى نصيب هذا فى حصة المعسر . وتحمل الدافع فى النهاية هو أيضاً مائة وخمسين ، حصته فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر(٢) .

والعبرة فى قيام الإعسار تكون بالوقت الذى وفى فيه المدين المتضامن الدين للدائن . فقد نشأ حقه فى الرجوع على المدينين — بما فى ذلك تقسيم حصة المعسر على الموسرين — فى هذا الوقت . فإذا كان المدينون الآخرون موسرين جميعا وقت الوفاء للدائن . وتأخر المدين الذى وفى الدين فى الرجوع عليهم حتى أعسر واحد منهم . فالمدين الذى وفى الدين هو وحده الذى يتحمل حصة هذا المعسر جزاء تأخره فى الرجوع عليه . على أنه يجوز لهذا المدين أن يثبت أنه لم يقصر إطلاقا فى المحافظة على حقه ضد المدين المعسر . وعند ذلك يتقاسم الجميع حصة المعسر .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٩٨ (مطابق) — الليبى م ٢٨٥ (مطابق) — العراق م ٢/٣٣٤ (موافق) — اللبنانى م ٤١ (موافق) .

(٢) وقد قدمنا (انظر آنفاً فقرة ١٠٣٥) أنه حتى إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن ، فإن هذا المدين — ما لم يخله الدائن من المسئولية — يتحمل مع ذلك نصيبه فى حصة المعسر .

١٠٤٩ – تحمل أصحاب المصلحة فى الدين وحدهم بكل الدين :

تنص المادة ٢٩٩ مدنى على أنه « إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين »(١) . ويظهر من هذا النص أن هناك حالة لا يكون فيها المدينون المتضامنون جميعا أصحاب المصلحة فى الدين . بل يكون واحد منهم أو أكثر هم أصحاب المصلحة دون الآخرين . ويتحقق ذلك فيما إذا كان الدين فى ذمة أحد المدينين المتضامنين وحده . أما الباقى فليسوا إلا كفلاء له تقدموا إلى الدائن لا ككفلاء متضامنين مع المدين . بل كمدينين متضامنين أصليين . إمعانا منهم فى توثيق الدين(٢) . والمبدأ الأساسى فى هذه الحالة هو التمييز ما بين علاقة هؤلاء المدينين المتضامنين بالدائن إذ تسرى قواعد التضامن . وعلاقتهم بعضهم ببعض إذ تسرى قواعد الكفالة .

فنى علاقتهم بالدائن تسرى قواعد التضامن دون قواعد الكفالة . فلا يكون لهم حق تقسيم الدين بينهم ولا حق تجريد المدين الأصلى . بل يكون كل منهم مسئولا نحو الدائن عن كل الدين . ولا تبرأ ذمة أى منهم بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات كما تبرأ ذمة الكفيل(٣) . ولا يسقط حق الدائن فى الرجوع عليهم حتى لو أفلس المدين الأصلى ولم يتقدم الدائن فى تفليسته كما يسقط حقه فى الرجوع على الكفيل .

أما فى علاقتهم بعضهم ببعض . فقواعد الكفالة هى التى تسرى دون

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٩٩ (مطابق) – الليبى م ٢٨٦ (مطابق) – العراقى م ٣٣٥ (موافق) – اللبنانى م ٣٩ (موافق) .

(٢) ويتحقق ذلك أيضاً فى الصور الآتية : (أ) التابع والمتبوع ، فهما مسئولان بالتضامن قبل المضرور ، ولكن التابع وحده هو صاحب المصلحة فى الدين . (ب) من هو تحت الرقابة ومتولى الرقابة ، فهما مسئولان أيضاً بالتضامن قبل المضرور ، ولكن الأول منهما هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . (ج) ساحب الكمبيالة والمسحوب عليه والمظهرون للكمبيالة وضامنوها كلهم مدينون متضامنون قبل حامل الكمبيالة ، ولكن صاحب المصلحة فى الدين منهم هو المسحوب عليه وحده إذا كان قد قبل الكمبيالة أو كان عنده مقابل الوفاء ، وإلا فالساحب .

(٣) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ – ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧١ – وقارن عكس ذلك استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٢ .

قواعد التضامن . فيرتد هؤلاء المدينون المتضامنون كفلاء فى علاقتهم بالمدين الأصلى . لا يتحملون بشيء من الدين شأن كل كفيل إذ لامصلحة لهم فيه . بل المدين الأصلى صاحب المصلحة هو الذى يتحمل بالدين كله . فإذا كان الدائن قد طالب المدين الأصلى بالدين فدفعه . لم يرجع هذا المدين بشيء على المدينين المتضامنين معه إذ هم ليسوا إلا كفلاء . أما إذا كان الدائن قد طالب أيا من هؤلاء المدينين المتضامنين غير المدين الأصلى بالدين فدفعه . رجع الدافع بالدين كله على المدين الأصلى كما يفعل الكفيل الذى وفى الدائن . وليس له الرجوع بشيء على أى من المدينين المتضامنين الآخرين(١) .

وإذا كان أصحاب المصلحة فى الدين أكثر من واحد . فإن المدين الذى وفى الدين دون أن يكون ذا مصلحة فيه يرجع على أى من أصحاب المصلحة بكل الدين . إذ كل من هؤلاء مدين أصلى . وينقسم الدين بين أصحاب المصلحة فيه . فإذا وفى أحدهم الدين كله . سواء بدفعه مباشرة للدائن أو بوفائه لمدين غير ذى مصلحة قام بدفعه للدائن . رجع على الباقين من أصحاب المصلحة كل بقدر حصته فى الدين .

وإذا دفع مدين غير ذى مصلحة فى الدين كل الدين للدائن . وأراد الرجوع على أصحاب المصلحة فى الدين فوجدهم جميعا معسرين . رجع عند ذلك على المدينين غير أصحاب المصلحة كل بنسبة حصته فى الدين . فإن لم يكن متفقا على تعيين حصة كل منهم . كانوا جميعا متساوين فى الحصص .

---

(١) ويفترض فى الأصل أن الدائنين المتضامنين المتعددين كلهم أصحاب مصلحة فى الدين ، فإذا ادعى أحد منهم أن واحدا أو أكثر من هؤلاء المدينين هم وحدهم أصحاب المصلحة فى الدين . فعليه يقع عبء الإثبات . وعليه أن يثبت ذلك وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات فلا يجوز أن يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها أن بعض المدينين المتضامنين فى دين تزيد قيمته على عشرة جنيهات هم وحدهم أصحاب المصلحة فيه .

الفرع الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام(*)

(Obligation indivisible)

١٠٥٠ – تقسيم الموضوع : نبحث الالتزام غير القابل للانقسام ، كما بحثنا الالتزام التضامني . على الوجه الآتي : (١) أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام ، وهذا يقابل في الالتزام التضامني مصادر التضامن . (٢) الآثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام .

المبحث الأول

أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

١٠٥١ – بيانه – طبيعة المحل والاتفاق : تنص المادة ٣٠٠ مدنى على أن « يكون الالتزام غير قابل للانقسام : (١) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم . (ب) إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لايجوز تنفيذه منقسما . أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك »(١). ويتبين من هذا النص أن عدم القابلية للانقسام يرجع إما لطبيعة محل الالتزام ، أو للاتفاق .

(*) مراجع : هرڤيه (Hervé) فى التضامن وعدم القابلية للانقسام والكفالة رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ – بنكاز تكملة بودرى ٢ فقرة ٨٠٠ وما بعدها .

وقد كسب موضوع الالتزام غير القابل للانقسام شهرة بعيدة فى التعقيد والغموض . وزاد فى تعقيده وغموضه مؤلف وضعه ديمولان من أشهر فقهاء القانون الفرنسى القديم فى القرن السادس عشر ، عالج فيه الموضوع بإفاضة ، وشبهه بتيه يضل فيه السارى . وقد وضع له المفاتيح والخيوط التى يهتدى بها فى اجتياز هذا التيه . ولخص پوتييه هذا الموقف فى بضع صفحات ، وعن پوتييه أخذ واضعو التقنين المدنى الفرنسى النصوص التسعة التى صاغوها فى هذا الموضوع .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٠٠ (مطابق) – الليبى م ٢٨٧ (مطابق) – العراقى م ٣٣٦ (مطابق) – اللبنانى م ٧٠ (موافق) .

١٠٥٢ — عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل : يرجع عدم القابلية للانقسام إلى طبيعة المحل في صورتين :

(الصورة الأولى) صورة عدم التجزئة المطلقة (indivisibilité absolue) . وتتحقق عندما يكون محل الالتزام بطبيعته غير قابل أصلا للانقسام . فعدم الانقسام يرجع إلى أصل الخلقة لا إلى عارض من عمل الإنسان . فإذا كان الالتزام محله نقل حق عيني . فالأصل فيه أنه يكون قابلا للانقسام[1] . غير أن هناك حقين عينيين لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما القانونية وهما حق الارتفاق وحق الرهن . فمن يلتزم بترتيب حق ارتفاق أو ترتيب حق رهن لايستطيع أن يجزئ التزامه . ويكون الالتزام في هاتين الحالتين غير قابل للانقسام بصفة مطلقة . وإذا كان الالتزام محله القيام بعمل كالالتزام بتسليم شيء . فإنه قد يكون بطبيعته قابلا للانقسام وقد لايكون . فإذا تعهد شخص بتسليم أرض فإنه يستطيع أن يجزئ التزامه إذ الأرض قابلة بطبيعتها للتجزئة . أما إذا تعهد بتسليم حصان فإنه لايستطيع أن يجزئ التزامه إذ الحيوان الحي كل لايتجزأ عند التسليم . كذلك التزام البائع بضمان الاستحقاق . فهو التزام غير قابل للانقسام بطبيعته . وإذا كان الالتزام محله الامتناع عن عمل . فأكثر ما يكون أنه غير قابل للانقسام . إذ أي عمل يأتيه المدين مخالفا لالتزامه يعتبر خرقا للالتزام . فإذا تعهد بائع المتجر لمشتريه ألا ينافسه في حدود معينة ، فأية منافسة يقوم بها البائع في الحدود المتفق عليها تعتبر خرقا للالتزام[2] .

(والصورة الثانية) صورة عدم التجزئة النسبية (indiivisibilité

---

(١) فالالتزام بنقل ملكية أرض يمكن أن ينقسم انقساما معنوياً إلى ملكية نصف الأرض في الشيوع وربعها وخمسها (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٥ ص ٢٢٦ . أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ٣٩٤) .

(٢) على أنه يمكن أن نقرر أن الالتزام بعدم المنافسة يكون قابلا للانقسام استثناء . فإذا كانت أعمال المنافسة التي التزم بها البائع قد فصلت وقسمت إلى أعمال معينة يخصص كلها التزام وحده ، بأن اشترط المشتري مثلا على بائع المتجر ألا يقيم متجراً منافسا ، وألا يصرف عملاء المتجر عنه ، وألا ينتزع منه مستخدميه ، فمن الممكن في هذه الحالة أن يقوم البائع بجزء من التزامه ويخل بجزء آخر . فيمتنع مثلا عن إقامة متجر مماثل ولكنه ينتزع مستخدمي المتجر . ويكون الالتزام بالامتناع عن عمل في هذه الحالة قابلا للانقسام .

relative) . وتتحقق عندما يكون محل الالتزام غير قابل للانقسام ، لا بأصل خلقته ، بل لعارض من عمل الإنسان . مثل ذلك الالتزام بتسليم متجر ، فإن المتجر وهو محل الالتزام إذا كان قابلا للانقسام بطبيعته إذ تمكن تجزئة عناصره المختلفة من مكان وسلع وعملاء وحقوق وديون وما إلى ذلك ، إلا أنه جعل بعمل الإنسان كلا غير قابل للتجزئة ، فلا تمكن تسليم بعضه دون بعض . كذلك الالتزام ببناء منزل ، فهو أيضاً التزام غير قابل الانقسام ، لا بأصل خلقته ، وإلا فمن الممكن أن نتصور تجزئة بناء المنزل فيقوم بوضع أساسه وتشييد حيطانه مقاول ويقوم بعمل أبوابه ونوافذه مقاول ثان ويقوم بتجهيزه بالأدوات الصحية مقاول ثالث وهكذا . ولكن الالتزام عندما يقع على بناء منزل في مجموعه ، فقد جعل محل الالتزام كلا غير قابل للتجزئة . ولا يعتبر الالتزام قد نفذ إلا إذا تم بناء المنزل بأكمله .

١٠٥٣ — عدم القابلية للانقسام يرجع إلى الاتفاق: ويكون الالتزام أيضاً غير قابل للانقسام « إذا تبين من الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك » (م ٣٠٠ حرف ب مدني) . فمحل الالتزام يكون إذن بطبيعته قابلا للانقسام ، ولكن المتعاقدين أراداه غير قابل للانقسام بالاتفاق فيما بينهما[1] . والاتفاق إما أن يكون صريحاً ، أو ضمنياً .

فيكون صريحاً ، إذا اشترط الدائن على المدين صراحة في العقد الذي أنشأ الالتزام ألا يجوز تنفيذه منقسماً . وأكثر ما يقع ذلك في الالتزامات التضامنية ، عندما يريد الدائن ألا ينقسم الالتزام على ورثة أحد من المدينين المتضامنين ، أو عندما يريد الدائنون المتضامنون ألا ينقسم الالتزام على ورثة أي منهم ، فيشترط إلى جانب التضامن في الالتزام عدم قابليته للانقسام . وكثيراً ما يشترط في نظم الشركات التجارية أن السهم يكون غير قابل للتجزئة

---

(١) وعدم التجزئة هنا يسمى عدم تجزئة عرضية (indivisibilité accidentelle) ، أو عدم تجزئة اتفاقية (indivisibilité conventionnelle) ، أو عدم تجزئة في التنفيذ (indivisibilité solutione tantum) .

بالنسبة إلى الشركة . فلا يجوز أن يمثل السهم أمام الشركة إلا شخص واحد .

ويكون الاتفاق ضمنيا . إذا تبين مثلا أن الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان يجعل الالتزام غير قابل فى تنفيذه للتجزئة . فمن اشترى أرضا ليبنى عليها مدرسة أومستشفى أو دارا . وكان البناء يقتضى كل مساحة الأرض المبيعة . وقد دخل ذلك فى حساب المتعاقدين . فإن الأرض وإن كانت قابلة للتجزئة بطبيعتها ، إلا أنها فى هذه الحالة لا تمكن تجزئتها بالنسبة إلى الغرض الذى رمى إليه المشترى . وقد علم به البائع . وكان محل اتفاق ضمنى بينهما . كذلك إذا تعهد شخص بإقراض آخر مبلغاً من النقود ليسترد عينا أو ليشفع فيها ، وكان هذا المبلغ كله ضروريا للاسترداد أو للأخذ بالشفعة . فإن الالتزام هنا لا يتجزأ طبقاً للغرض الذى رمى إليه المتعاقدان(1) .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام

١٠٥٤ — تعدد المدينين أو تعدد الدائنين : إنما تتبين أهمية التمييز بين الالتزام القابل للانقسام والالتزام غير القابل له إذا تعدد المدين أو تعدد الدائن . أما إذا كان كل من المدين والدائن واحداً . فسواء كان الالتزام قابلا للانقسام

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تجزئة الالتزام يصح تقريره بإرادة المتعاقدين . وإذن فمتى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن اشترى من المطعون عليه قطعتى أرض منفصلتين الواحدة عن الأخرى ولكن أفرغا معاً فى محرر واحد ، وكان الحكم . إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها الطاعن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين تأسيساً على أن التزامات الطاعن بالنسبة إلى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة وأنه قصر فى الوفاء بها . قد أقام قضاءه على أن الطاعن تعهد بوفاء دين قطعة مما يتبقى من ثمن الثانية وأن نية المطعون عليه واضحة فى هذا من رغبته التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتى الأرض على السواء لمشتر واحد يكمل من باقى ثمن إحداهما ما على الأخرى لنفس الدائن . متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك ، فإن ما ينعاه عليه الطاعن من خطأ فى تطبيق القانون استناداً إلى أنه أوفى المطعون عليه بكامل ثمن القطعة التى طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد بالنسبة إليها يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) .

أو غير قابل له . فليست هناك أهمية عملية لهذا التميز . إذ أن الالتزام في الحالتين يكون في تنفيذه غير قابل للانقسام . ولا يستطيع المدين أن يجزئ تنفيذه . وأن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي ، ولو كان الالتزام قابلا لهذه التجزئة .

فإذا تعدد المدين في الالتزام . فالأصل أن ينقسم الالتزام على المدينين ، إلا إذا كان غير قابل للانقسام . فعندئذ يكون كلا لا يقبل التجزئة . وعلى كل مدين أداؤه كاملا للدائن . حتى ولو لم يكن هناك تضامن بين المدينين . كذلك إذا تعدد الدائن . فالأصل أيضاً أن ينقسم الالتزام على الدائنين . إلا إذا كان غير قابل للانقسام . فعندئذ يستطيع كل دائن أن يطالب المدين بالدين كله . حتى لو لم يقم تضامن بين الدائنين . ومن ثم يجب تعدد المدينين أو الدائنين حتى تظهر الآثار التي تترتب على عدم القابلية الانقسام . وهذا ما يدعو إلى جعل عدم القابلية للانقسام وصفا متعلقا . لا بمحل الالتزام . بل بأطرافه . والتعدد إما أن يوجد منذ البداية عند نشوء الالتزام . أو أن يطرأ بعد نشوء الالتزام وقبل تنفيذه بأن يموت الدائن أو المدين ويترك ورثة متعددين . أو بأن يحول الدائن أو المدين جزءاً من الدين إلى محال له أو محال عليه فيتعدد الدائنون أو المدينون لا عن طريق الميراث بل عن طريق الحوالة .

فنستعرض إذن : (أولا) تعدد المدينين. (ثانيا) تعدد الدائنين .

المطلب الأول

تعدد المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام

§ ١ – علاقة الدائن بالمدينين

١٠٥٥ – المبادئ الأساسية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٠١ مدنى على أنه « إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام ، كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا »(١) . ويرجع ذلك إلى أن الالتزام غير القابل للانقسام محلا واحداً لا يتجزأ . فوحدة المحل يشترك فيها الالتزام غير القابل للانقسام

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١/٣٠١ (مطابق) – الليبى م٢٨٨/١ (مطابق) – العراق م ١/٣٣٧ (مطابق) – اللبنانى م ٧١ و٧٣ – ٧٨ (موافق) .

والالتزام التضامني ، ولكن الأول يزيد على الثاني في أن هذا المحل الواحد غير قابل للتجزئة . ويترتب على وحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة ما يأتي :

أولا — فيما يتعلق بالوفاء ، يستطيع الدائن أن يطالب أيا من المدينين المتعددين بالدين كله ، فإنه دين واحد غير قابل للتجزئة .

ثانيا — وفيما يتعلق بأسباب انقضاء الالتزام الأخرى غير الوفاء . إذا انقضى الالتزام بأى سبب منها بالنسبة إلى أحد المدينين المتعددين . فإنه — نظراً لعدم قابلية الالتزام للتجزئة — ينقضى بالنسبة إلى الآخرين . وقد رأينا فى التضامن أنه ينقضى بقدر حصة من قام به سبب انقضاء الالتزام .

ثالثا — ولما كان المدينون المتعددون فى الالتزام غير القابل للانقسام لا يربطهم بعضهم ببعض إلا أن المحل واحد غير قابل للتجزئة ، فهذه رابطة ترجع إلى طبيعة الأشياء ولا تقوم على أساس من النيابة التبادلية . ومن ثم لا يترتب فى عدم القابلية للانقسام ما كان يترتب فى التضامن على النيابة التبادلية .

ونتناول بالبحث كلا من هذه المبادئ الثلاثة .

١٠٥٦ — انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء — إمكان الدائن مطالبة أى مدين بالالتزام كله : يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بالالتزام غير القابل للانقسام[١] ، ويجوز لأى مدين أن يفى بكل الالتزام للدائن .

ولكل مدين أن يدفع مطالبة الدائن بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا ، لا بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر غيره . وذلك على الوجه الذى بيناه فى التضامن .

وإذا مات أحد المدينين ، فإن الدين لا ينقسم على ورثته كما ينقسم فى فى التضامن[٢] ، ويكون كل وارث مسئولا عن الدين بأكمله[٣] .

---

(١) وللمدين أن يدخل فى الدعوى باقى المدينين حتى يحكم عليهم جميعا بالدين إذا كان الالتزام يمكن لأى مدين تنفيذه أو كان لا يمكن تنفيذه إلا بوساطتهم جميعا ، أو حتى يستصدر عليهم أحكاما برجوعه على كل منهم بحصته فى الدين .

(٢) استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٥٤ — م ٦ ص ٣٠٤ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٨٠ ص ٩٩ .

(٣) ولسنا فى حاجة إلى هذا الحكم إذا طبقنا فى الميراث أحكام الشريعة الإسلامية ، فإن هذه الأحكام تجعل التركة لا الورثة مسئولة عن الديون ، فيصبح الدين غير قابل للتجزئة سواء كان فى أصله قابلا أو غير قابل للانقسام .

ويلاحظ أنه إذا استحال محل الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض نقدى ، أصبح الالتزام قابلا للانقسام وينقسم فعلا على المدينين المتعددين ، فقد زالت العقبة التي كانت تحول دون انقسام الدين . أما في التضامن فيبقى الدين ، حتى لو استحال إلى تعويض نقدى ، غير منقسم ، وتجوز مطالبة أى مدين بكل التعويض .

١٠٥٧ — انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء : ولما كان محل الالتزام غير قابل للتجزئة كما قدمنا ، فإن انقضاء الالتزام بأى سبب آخر غير الوفاء ، ولو بالنسبة إلى أحد المدينين ، يجعله منقضيا بالنسبة إلى المدينين الآخرين . فإذا جدد أحد المدينين الالتزام ، انقضى بالنسبة إلى الجميع . وإذا وقعت مقاصة بين الدائن وأحد المدينين ، انقضى الالتزام بالنسبة إلى الجميع . وكذلك إذا اتحدت ذمة الدائن بذمة أحد المدينين ، أو أبرأ الدائن أحد المدينين ، أو تقادم الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين ، فإن الالتزام في هذه الأحوال كلها ينقضى بالنسبة إلى جميع المدينين .

١٠٥٨ — عدم قيام نيابة تبادلية : وقد قدمنا أنه لا تقوم نيابة تبادلية بين المدينين ، لا فيما يضر ولا فيما ينفع . فإذا أعذر أحد المدينين الدائن ، لم يفد هذا الإعذار المدينين الآخرين لانعدام النيابة التبادلية حتى فيما ينفع . وقد رأينا في التضامن أن إعذار أحد المدينين المتضامنين للدائن يفيد الباقين لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع . وإذا أعذر الدائن أحد المدينين ، فإن الإعذار لا يسرى في حق الآخرين لانعدام النيابة التبادلية أصلا . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ولكن لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر . هذا وإذا انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إلى أحد المدينين ، فإن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى أن ينقطع التقادم أو يقف بالنسبة إلى المدينين الآخرين[1] . أما في التضامن فلا ينقطع التقادم أو يقف كما قدمنا لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر[2] .

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ .

(٢) ومطالبة الدائن لأحد المدينين مطالبة قضائية لا تضر المدينين الآخرين ولا تجعل الفوائد تسرى عليهم لانعدام النيابة التبادلية أصلا . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ولكن لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

=

§ ٢ – علاقة المدينين بعضهم ببعض

١٠٥٩ – انقسام الدين على المدينين وتعيين حصة كل مدين : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدنى على ما يأتى : « والمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين ، كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف

= وإذا أقر أحد المدينين ، فإن إقراره لا يتعدى إلى الآخرين لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يسرى الإقرار فى حق غير المقر ، وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن ولكنه مبنى على انعدام النيابة فيما يضر . وإذا أقر الدائن لأحد المدينين بأمر يتناول الدين ذاته ، سرى الإقرار فى حق المدينين الآخرين لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك ، وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن ولكنه مبنى على قيام نيابة تبادلية فيما ينفع .

وإذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين فى أمر يتعلق بالدين ذاته فحلفها ، أفاد المدينون الآخرون من ذلك ، لا لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع كما هو الأمر فى التضامن ، بل لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى هذا الحكم . وإذا وجه أحد المدينين اليمين إلى الدائن فحلف ، لم يضر ذلك بالمدينين الآخرين ، لا لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما هو الأمر فى التضامن ، بل لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يضر توجيه اليمين بالمدينين الآخرين .

وإذا صدر حكم لأسباب ترجع إلى الدين على أحد المدينين ، فإن أثر الحكم يسرى فى حق المدينين الآخرين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك . وقد رأينا فى التضامن أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين لم يحتج بهذا الحكم على الباقين ، وذلك راجع إلى انعدام النيابة التبادلية فيما يضر . وإذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين ، أمكن الباقين أن يحتجوا به ، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، وهذا هو أيضاً شأن التضامن ، ولكن ذلك يرجع إلى قيام نيابة تبادلية فيما ينفع .

ورفع الاستئناف على أحد المدينين فى الميعاد يجيز إدخال المدينين الآخرين فى هذا الاستئناف ولو بعد الميعاد (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٤٦ – ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٨ – ٢٨ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٩) . ورفع أحد المدينين طعناً فى الحكم يفيد الباقين . كما أن الحكم لأحد المدينين يفيد سائرهم (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٤ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٨٥ – ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٦) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان موضوع دعوى استرداد الحصة المبيعة مما لا يقبل التجزئة ، فإن إعلان الاستئناف الموجه من المسترد إلى البائع بعد الميعاد يكون صحيحاً متى كان المشترى قد أعلن به فى الميعاد (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢) . ولم تأخذ المحكمة بهذا المبدأ فى دعوى الشفعة ، لأن القانون نص فى الشفعة على وجوب رفع الدعوى على الخصوم جميعاً فى ميعاد معين ، واستئناف الحكم فيها على جميع الخصوم كذلك فى ميعاد معين (تعليق محمد حامد فهمى فى مجموعة عمر ٥ ص ٢٤ فى الهامش) .

غير ذلك »[١] . ولما كان الدين الذى وفاه أحد المدينين غير قابل للانقسام ، فإن رجوع المدين على المدينين الآخرين كل بقدر حصته لا يكون بنفس الدين . ولكن بدين شخصي مصدره الوكالة أو الفضالة كما قدمنا فى التضامن . وحتى إذا رجع المدين بنفس الدين بموجب دعوى الحلول ، فإن المدين فى علاقة المدينين بعضهم ببعض يصبح قابلا للانقسام . فإن استعصت طبيعته على التجزئة كان رجوع المدين بحصة فى قيمة الدين لا بحصة فى عينه .

ويتبع فى تعيين حصة كل مدين القواعد التى قدمناها فى التضامن . فالأصل أن حصص المدينين متساوية . ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . وقد يتبين من الظروف أن أحد المدينين وحده هو صاحب المصلحة فى الدين ، فيتحمله وحده . فإن كان هو الذى رجع عليه الدائن فلا رجوع له على أحد . وإن كان الدائن قد رجع على غيره . فإن هذا المدين الأخير يرجع بالدين كله على المدين صاحب المصلحة فيه دون أن يرجع بشيء على الباقين ، وقد تقدم تفصيل ذلك فى التضامن[٢] .

١٠٦٠ — إعسار أحد المدينين : كذلك إذا أعسر أحد المدينين فى دين غير قابل للانقسام . فإن المدينين الباقين يتحمل كل منهم نصيبا فى هذا الإعسار بنسبة حصته فى الدين . كما رأينا فى التضامن[٣] . فإذا كان محل الالتزام فرسا مثلا ، وأداه للدائن أحد المدينين من ماله . فإن هذا المدين يرجع على كل مدين آخر بحصته فى قيمة الفرس . فإذا كانت قيمته ستين جنيهاً . وكان المدينون أربعة حصصهم متساوية ، فإنه يرجع على كل من المدينين الثلاثة الآخرين بخمسة عشر جنيهاً . فإذا كان أحد الثلاثة معسراً . تحمل سائر المدينين هذا الإعسار كل بنسبة حصته . فيرجع المدين الذى أدى الفرس للدائن على كل من المدينين الاثنين غير المعسرين بعشرين جنيها .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٠١/٢ (مطابق) — الليبى م ٢٨٨/٢ (مطابق) — العراقى م ٣٣٧/٢ (مطابق) — اللبنانى م ٧١ و ٧٣ (موافق) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٤٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٠٤٨ .

المطلب الثانى

تعدد الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام

§ ١ – علاقة الدائنين بالمدين

١٠٦١ – المبادئ الأساسية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٠٢ مدنى على أنه « إذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام . أو تعدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام . جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا . فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك . كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشىء محل الالتزام »(١) . ويرجع ذلك هنا أيضاً . إلى أن للالتزام محلا واحداً غير قابل للتجزئة . ويترتب على ذلك ما يأتى :

أولا – يستطيع كل دائن أن يطالب المدين بكل الدين . فإذا عارض أحد الدائنين وجب على المدين إما الوفاء للكل مجتمعين أو إيداع الشىء محل الالتزام على ذمة الدائنين .

ثانيا – إذا انقضى الالتزام بالنسبة إلى أحد الدائنين بسبب آخر غير الوفاء . فنظراً لعدم قابلية المحل للتجزئة كان ينبغى أن ينقضى الالتزام أيضاً بالنسبة إلى سائر الدائنين . ولكن لما كان للدائنين أن يعارضوا فى استيفاء أحدهم للدين كله . فسنرى أنه لا يحتج عليهم بسبب الانقضاء إلا بمقدار حصة من قام به هذا السبب .

ثالثاً – لا تقوم بين الدائنين المتعددين فى الالتزام غير القابل للانقسام نيابة تبادلية ، كما تقوم هذه النيابة بين الدائنين المتضامنين .

١٠٦٢ – انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء – إمكان أى دائن مطالبة المدين بالدين كله : يجوز لأى دائن أن يطالب المدين بالدين كاملا . ويستطيع المدين أن يفى بالدين كله لأى دائن . ولكن يلاحظ هنا – كما هى الحال فى التضامن الإيجابى – أنه يجوز لأى دائن أن يعترض

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٠٢/١ (مطابق) – الليبى م ٢٨٩/١ (مطابق) – العراقى م ٣٣٨/١ (مطابق) – اللبنانى م ٧٢ (مختلف : لا يجوز فى التقنين اللبنانى لدائن أن يطلب التنفيذ إلا باسم الجميع وبتفويض منهم ، أو يطلب إيداع الشىء أو تسليمه إلى حارس) .

على أن يوفى المدين بكل الدين لدائن آخر . وتتبع فى شكل الاعتراض وحكمه القواعد التى أسلفناها فى التضامن الإيجابى(١) . ويتعين عندئذ على المدين أن يفى بالدين لكل الدائنين مجتمعين . فإن تعذر عليه ذلك وجب أن يودع الشىء محل الالتزام على ذمتهم جميعا وفقا للإجراءات المقررة قانونا .

وللمدين أن يدفع مطالبة الدائن بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين . لا بأوجه الدفع الخاصة بدائن آخر .

وإذا مات أحد الدائنين . فإن الالتزام لاينقسم على ورثته كما هو صريح النص . وجاز لكل وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا . ولاتغنى هنا قواعد الشريعة الإسلامية عن هذا الحكم . فإن حقوق التركة تنقسم على الورثة . فوجب النص على عدم الانقسام إذا كان الالتزام غير قابل له .

وإذا استحال محل الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض نقدى . زالت العقبة التى كانت تحول دون انقسامه . فينقسم على الدائنين المتعددين .

١٠٦٣ — انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء : رأينا أنه لا يجوز لأى دائن أن يطالب باستيفاء الدين كاملا إذا عارض فى ذلك دائن آخر . ومن ثم إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء بالنسبة إلى أحد الدائنين فإن هذا السبب لا يحتج به على الدائنين الآخرين إذا عارضوا فيه إلا بمقدار حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء . فإذا جدد أحد الدائنين المدين ، أو اتحدت ذمته مع المدين . أووقعت معه مقاصة . أو صدر منه إبراء ، أو اكتمل التقادم بالنسبة إليه . فإن شيئا من هذا لا يحتج به على الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة هذا الدائن . ولكن لما كان المدين لايستطيع إلا أن يفى بالدين كله إذ الدين غير قابل للتجزئة . فهو إذا طالبه دائن آخر لا يجد بدا من أن يؤدى له الدين كله . على أن يرجع عليه بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء . ثم يرجع المدين بعد ذلك على الدائن الذى قام به سبب الانقضاء بما حصل عليه هذا زيادة على حصته .

١٠٦٤ — عدم قيام نيابة تبادلية : ويترتب على عدم قيام النيابة التبادلية

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠١٣ وفى الهامش .

أنه إذا أعذر أحد الدائنين المدين ، لم يكن المدين معذراً بالنسبة إلى الدائنين الآخرين لانعدام النيابة التبادلية حتى فيما ينفع . وإعذار المدين لأحد الدائنين لا يسرى أثره فى حق الآخرين . وإذا قطع أحد الدائنين التقادم أو وقف سريان التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين ، انتفع بذلك سائر الدائنين لأن الالتزام غير القابل للانقسام لايتصور أن ينقطع التقادم فيه أو يقف بالنسبة إلى دائن دون آخر ، لا لقيام نيابة تبادلية كما هو الأمر فى التضامن(١) .

§ ٢ – علاقة الدائنين بعضهم ببعض

١٠٦٥ – انقسام الدين على الدائنين وتعيين حصة كل دائن : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ مدنى على ما يأتى : « ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته »(٢) . والرجوع ، هنا أيضاً ، يكون بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وإذا كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل ، فإن الدين ينقسم حصصاً بين الدائنين لا فى عينه بل فى قيمته .

وتتعين حصة كل دائن وفقاً للقواعد التى أسلفناها فى التضامن وفى عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين . فالأصل هو تساوى الحصص بين الدائنين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وقد يكون أحد الدائنين وحده هو صاحب المصلحة فى الدين ، ويكون الباقون وكلاء عنه فى القبض . فعند ذلك يستقل هذا الدائن بكل الدين . فإن كان هو الذى استوفاه لم يرجع عليه أحد بشىء ، وإن كان غيره هو الذى استوفى الدين رجع هو على هذا الدائن بالدين كله ، دون أن يشاركه فى هذا الرجوع أحد من الدائنين الآخرين .

١٠٦٦ – إعسار أحد الدائنين : وإذا استوفى أحد الدائنين الدين كله

---

(١) ويمكن تطبيق نفس المبدأ فى المطالبة القضائية ، وفى الإقرار ، وفى اليمين ، وفى الحكم ، على النحو الذى أسلفناه عند الكلام فى تعدد المدينين (انظر آنفاً فقرة ١٠٥٨ فى الهامش) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢/٣٠٢ (مطابق) – الليبى م ٢/٢٨٩ (مطابق) – العراقى م ٢/٣٣٨ (مطابق) – اللبنانى لا مقابل (لأن المدين فى التقنين اللبنانى يدفع الدين للدائنين جميعاً أو يودع الشىء باسمهم جميعاً ، فيستولى كل منهم مباشرة على حصته) .

ثم أعسر . فإن كان إعساره إعسارا كليا لم يستطع الدائنون الآخرون الرجوع عليه بشيء . أما إذا كان الإعسار إعسارا جزئيا ، فإن باقى الدائنين يتحملون هذا الإعسار . فإذا كان الدين ستمائة بين أربعة من الدائنين بحصص متساوية ، واستوفاه أحدهم ثم أعسر إعسارا جزئيا بحيث لا يستطيع أن يؤدى إلا ثلثمائة . فإن الدائنين الثلاثة الآخرين يتحملون هذا الإعسار ، ويتقاسمون الثلثمائة التى يؤديها الدائن المعسر . فيكون نصيب كل منهم مائة[1] :

---

(١) ونوجز هنا أهم وجوه الخلاف بين التضامن وعدم القابلية للانقسام : (أ) فى التضامن إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء ، فإن كلا من المدينين الآخرين أو الدائنين الآخرين لا يستفيد أو يضار من انقضاء الدين إلا بقدر حصة المدين أو الدائن الذى قام به سبب الانقضاء . أما فى عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين ، فإن كلا من المدينين الآخرين يستفيد من انقضاء الدين بمقدار الدين كله . وفى عدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين ، لا يستفيد المدين من انقضاء الدين بالنسبة إلى أى من الدائنين الآخرين ، ولكنه يرجع على الدائن الذى يطالبه بوفاء الدين بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء . (ب) النيابة التبادلية فى التضامن قائمة فيما ينفع لا فيما يضر ، وهى غير قائمة أصلا فى عدم القابلية للانقسام . (ج) فى التضامن ينقسم الالتزام على الورثة ، ولا ينقسم فى عدم القابلية للانقسام . فعدم القابلية للانقسام هنا أقوى من التضامن . (د) فى التضامن إذا استحال الالتزام إلى تعويض نقدى . بقى غير منقسم على المدينين المتضامنين أو على الدائنين المتضامنين . أما فى عدم القابلية للانقسام ، فإنه ينقسم على المدينين أو على الدائنين . فالتضامن هنا أقوى من عدم القابلية للانقسام .

الباب الرابع

انتقال الالتزام

(La transmission des obligations)

تمهيد

١٠٦٧ — **لمحة فى التطور التاريخى لانتقال الالتزام** : يراد بانتقال الالتزام أن يتحول الالتزام ذاته — حقاً كان أو ديناً — من شخص إلى آخر : من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقاً شخصياً ، أو من مدين إلى مدين آخر باعتباره ديناً . ويسمى تحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر بحوالة الحق (cession de créance) ، وتحويله من مدين إلى مدين آخر بحوالة الدين (cession de dette) . وسواء كانت الحوالة حوالة حق أو حوالة دين ، فالذى ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع خصائصه من صفات وضمانات ودفوع . ينتقل بجميع صفاته ، فلو كان التزاماً تجارياً أو قابلاً للتنفيذ أو ينتج فوائد انتقل محتفظاً بهذه الصفات . وينتقل بجميع ضماناته . فلو كان التزاماً مضموناً برهن أو بامتياز أو بكفالة انتقل مع التأمين الذى يضمنه . وينتقل بجميع دفوعه . فلو كان المدين يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب البطلان أو بسبب من أسباب الانقضاء فإنه يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الدائن الجديد فى حوالة الحق أو يتمسك المدين الجديد به تجاه الدائن فى حوالة الدين .

وانتقال الالتزام على الوجه المتقدم لا يمكن تصوره إذا كانت الفكرة فى الالتزام هو أنه رابطة شخصية ما بين دائن ومدين . فالرابطة بحكم أنها تربط ما بين شخصين بالذات لا يتصور أن تنتقل عنهما أو عن أحد منهما دون أن تنحل . ومن ثم امتنع فى القانون الرومانى والقوانين اللاتينية التى خلفته

انتقال الالتزام إلا بسبب الموت ، وساعد على انتقاله بسبب الموت أن شخصية الوارث اعتبرت استمرارا لشخصية المورث . فكأن الالتزام — حقا كان أو دينا — لم ينتقل إلى شخص جديد بموت صاحبه ، بل بقى عند صاحبه مستمراً فى شخص الوارث. أما انتقال الالتزام ما بين الأحياء فقد استعصى على هذا التصوير ، ولم يكن يستطاع التسليم بأن الحق ينتقل من دائن لا يزال حيا إلى دائن آخر أو من مدين لايزال حيا إلى مدين آخر . فإنه إذا أمكن القول بأن المورث وقد زالت شخصيته بالموت يتصور استمرارها فى شخص الوارث ، فإنه يتعذر القول بأن السلف وهو لايزال حيا تستمر شخصيته فى شخص خلفه الخاص .

من أجل ذلك لم يكن ممكنا أن ينتقل الالتزام حال الحياة فى القانون الرومانى من دائن إلى دائن آخر أو من مدين إلى مدين آخر . ولم يكن ممكنا إذا أريد تغيير شخص الدائن إلا تجديد الالتزام بتغيير الدائن . أو أريد تغيير شخص المدين إلا تجديد الالتزام بتغيير المدين . وفى الحالتين لم يكن الالتزام ذاته هو الذى ينتقل ، بل كان ينقضى وينشأ مكانه التزام جديد . على أن الرومان كانوا يلجأون فى تحويل الالتزام ذاته من دائن إلى دائن إلى طريقة التوكيل (procuratio in rem suam) ، فكان الدائن الأصلى يوكل من يريد تحويل الالتزام إليه فى قبض الدين . ولكن هذه الطريقة لم تكن مأمونة . فإن الدائن الأصلى كان يستطيع أن يعزل الوكيل قبل قبضه الدين .

وبقى القانون الرومانى على هذه الحال ، دون أن يعرف لا حوالة الحق ولا حوالة الدين . وبقيت الحوالة مجهولة مدة طويلة فى القانون الفرنسى القديم ، يتحايلون عليها عن طريق التوكيل بقبض الدين الذى كان القانون الرومانى يلجأ إليه ، حتى أصبح هذا الطريق مألوفا . ومنه دخلت حوالة الحق فى القانون الفرنسى القديم ، وأصبح مسلما فى هذا القانون أنه يجوز للدائن أن يحول حقه إلى دائن آخر .

ولكن التطور فى القوانين اللاتينية وقف عند هذا الحد . ولم يصل القانون الفرنسى حتى اليوم إلى تنظيم حوالة الدين . ذلك أن شخصية المدين فى الالتزام أكبر خطراً من شخصية الدائن ، فعلى شخصية المدين ومقدار يساره تتوقف

قيمة الدين . فلم يكن من السهل التسليم بتحويل الالتزام من مدين إلى مدين آخر دون أن يكون الدائن طرفاً في هذا التحويل عن طريق التجديد . لأن الدائن يأبى أن يتغير عليه المدين دون رضائه . ويعنيه من تغيير مدينه ما لا يعنى المدين من تغيير دائنه . فبقيت القوانين اللاتينية عند هذه المرحلة من التطور لم تستكمله إلى غايته . وذلك مع استثناء التقنين المدنى الإيطالى الجديد فقد أقر حوالة الدين عند الكلام فى الإنابة فى الوفاء (م ١٢٧٣ من هذا التقنين) .

أما التقنينات الجرمانية فقد سارت فى التطور إلى نهاية الطريق . ومادامت فكرة الالتزام قد تطورت فأصبح الالتزام قيمة مادية أكثر منه رابطة شخصية ، ومادام قد أمكن تصور انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر . فما الذى يحول دون التسليم بانتقاله من مدين إلى مدين آخر ! ومن ثم يعرف كل من التقنين المدنى الألمانى (م ٤١٤ – ٤١٩) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٥ – ١٨٣) إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين .

وقد تابع التقنين المدنى المصرى الجديد – ومعه التقنينات المدنية العربية الأخرى – هذا التطور . وبعد أن كان التقنين المدنى السابق لا يعرف . على غرار التقنين المدنى الفرنسى . إلا حوالة الحق ، أصبح التقنين المدنى الجديد يعرف حوالة الحق وحوالة الدين .

١٠٦٨ – مقارنة الحوالة بالنظم القانونية التى تقرب منها : ونميز الحوالة عما يقرب منها فى النظم القانونية ويشتبه بها . فهناك غير الحوالة التجديد . والإنابة فى الوفاء ، والوفاء مع الحلول .

يتفق التجديد مع الحوالة فى أن التجديد يتضمن كالحوالة إما تغييراً للدائن ، أو تغييراً للمدين . ولكن التجديد يختلف عن الحوالة فى أنه كما قدمنا يقضى الالتزام الأصلى وينشئ مكانه التزاما جديداً . بخلاف الحوالة فإن الالتزام فيها ينتقل هو نفسه بجميع خصائصه . فالحوالة أفضل بكثير من التجديد ، وقد ذهب التقنين المدنى الألمانى . بعد أن نظم كلا من حوالة الحق وحوالة الدين . إلى حد إلغاء التجديد .

ويقابل حوالة الدين أيضاً الإنابة فى الوفاء . وتتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين . ويسمى

المدين منيبا والدائن منابا لديه والأجنبي منابا . فإذا كان المدين المنيب قد اتفق مع دائنه المناب لديه ومع الأجنبي المناب على أن يتجدد الدين الذى فى ذمته للدائن بدين جديد يكون فى ذمة الأجنبي المناب للدائن المناب لديه ، فإن هذا يكون تجديداً بتغيير المدين . وقد ذكرنا الفرق بين هذا التجديد وحوالة الدين. أما إذا لم يتفق المتعاقدان على التجديد ، فإن الالتزام الذى فى ذمة المدين المنيب للدائن المناب لديه يبقى كما هو . ويضاف إليه التزام جديد ينشأ فى ذمة المناب للمناب لديه . ونرى من ذلك الفرق ما بين الإنابة فى الوفاء فى هذه الصورة الثانية وحوالة الدين . فى حوالة الدين ينتقل الدين إلى ذمة مدين آخر ، وفى الإنابة فى الوفا يبقى الدين القديم فى ذمة المدين الأصلى للدائن وينشأ إلى جانبه دين جديد فى ذمة مدين آخر لنفس الدائن .

ويقرب الوفاء مع الحلول من حوالة الحق إلى حد كبير . فالوفاء مع الحلول هو أيضاً ، كالحوالة ، ينقل الالتزام من دائن إلى دائن آخر يحل محله . ولكن الوفاء مع الحلول هو وفاء للدين يقوم به غير المدين ، فيحل من وفى الدين محل الدائن فى نفس الالتزام الذى وفاه . أما حوالة الحق فلا تتضمن معنى الوفاء ، بل معنى المضاربة إذا كانت بمقابل ، فإن الدائن ينقل الالتزام إلى دائن آخر فى مقابل مال يأخذه عوضا عن حقه . فهو يبيع الحق لا يستوفيه . وتتضمن حوالة الحق معنى التبرع إذا كانت بغير مقابل ، فإن الدائن ينقل الالتزام إلى دائن آخر من غير عوض ، فهو يهب الحق لا يستوفيه . وعلى هذا الفرق الجوهرى تتركز الفروق الأخرى ما بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول . فى حوالة الحق يرجع الدائن الجديد على المدين بكل الحق ، لأنه يكون إما قد اشتراه من الدائن القديم أو وهب له منه . أما فى الوفاء مع الحلول فلا يرجع الدائن الجديد إذا كان قد وفى الحق بأقل من قيمته إلا بمقدار ما وفى وليس بكل الحق ، لأنه بعيد عن فكرة المضاربة فلا يأخذ إلا مقدار ما أعطى . وسنعود ببيان أوفى إلى المقارنة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق(١) .

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١١٤٥ .

الفصل الأول

حوالة الحق(*)

(La cession de créance)

١٠٦٩ — الأغراض المختلفة لحوالة الحق : فى حوالة الحق يتفق الدائن مع أجنبى على أن يحول له حقه فى ذمة المدين ، فيحل الأجنبى محل الدائن فى هذا الحق نفسه بجميع خصائصه كما قدمنا . ويسمى الدائن محيلا (cédant) ، والدائن الجديد محالا له (cessionnaire) ، والمدين محالا عليه (cédé) .

وحوالة الحق ، وإن كانت صورتها واحدة ، إلا أنها متنوعة الأغراض . فقد يقصد الدائن أن يبيع حقه . وعند ذلك يتقاضى ثمنا لهذا الحق من المحال له ، ويكون عليه ضمان البائع . وقد يقصد أن يهب الحق للمحال له . فيكون مسوقا بنية التبرع ، ولاتنطوى الحوالة فى هذه الحالة على فكرة المضاربة . وقد يقصد أن يرهن الحق عند المحال له[1] ، بل تجوز حوالة الحق الواحد مرتين ، الأولى على سبيل الرهن والأخرى على سبيل البيع . فيكون حق المحال له المشترى فى الحالة الثانية خاضعا لحق المحال له المرتهن فى الحوالة الأولى[2]. وقد يكون على المحيل للمحال له دين سابق أو لاحق للحق الذى فى ذمة مدينه ،

(*) مراجع : كامبيون (Campion) فى علم الغير بحوالة الحق غير المعلنة رسالة من ليل سنة ١٩٠٩ — لاپ (Lapp) فى حوالة العقد الملزم للجانبين إلى خلف خاص رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٥٠ .

(١) استئناف مصر ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٦٤ ص ٥٤٤ — استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٧٠ — وللمحال له المرتهن أن يستوفى كل الحق محل الحوالة ولو زاد على حقه المضمون بالرهن ، ثم يرد الزيادة إلى المحيل الراهن (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١) . ولا يجوز للمحال له المرتهن أن يحول الحق محل الحوالة إلى محال له ثان بأقل من قيمته دون رضاء المحيل الراهن (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٧٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٣ .

ويحل أجل هذا الدين . فلا يجد المحيل أمامه طريقا للوفاء بدينه للمحال له خيراً من أن ينزل له عن حقه في مقابل الدين . ويرضى المحال له بالحوالة فيكون قد استوفى حقه في ذمة المحيل بحق المحيل في ذمة المحال عليه . وهذا هو الوفاء بمقابل[1] . وأياً كان الغرض من الحوالة . فهناك قواعد عامة تنطبق على كل حوالة . بيعا كانت أو هبة أو رهنا أو وفاء بمقابل أو غير ذلك . كاتفاق المحيل مع المحال له على الحوالة ، وكيف تصير الحوالة نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير . ثم ينفرد كل عقد بالقواعد الخاصة به . فالبيع يقتضى الثمن والضمان . والهبة تقتضى نية التبرع ، والرهن يقتضى وجود دين في ذمة المحيل للمحال له يرهن فيه المحيل حقه عن طريق الحوالة . والوفاء بمقابل يقتضى أيضاً وجود دين في ذمة المحيل للمحال له يوفيه بالحوالة .

والقواعد العامة التي تنطبق على كل حوالة هي التي تعنينا هنا . فنبحث حوالة الحق في فرعين متعاقبين : (١) أركان الحوالة (٢) والآثار التي تترتب عليها .

الفرع الأول

أركان حوالة الحق

١٠٧٠ — أركان حوالة الحق هي أركان الاتفاق بوجه عام : حوالة الحق هي اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق المحيل الذي في ذمة

(١) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣١ — أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٨ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٨٩ .

وقد تكون الحوالة قرضا ، فيقبض المحال له الحق من المحال عليه على أن يرد مثله إلى المحيل في الأجل المضروب . وقد تكون الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحصيل ، فيكون المحال له وكيلا عن المحيل في تحصيل الحق محل الحوالة وتقديم حساب عنه للمحيل (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥) . وعدم ذكر ثمن للحوالة لا يجعلها باطلة ، فقد تكون هبة أو رهنا أو وفاء بمقابل أو غير ذلك . وتعتبر في القليل وكالة بالقبض لتحصيل الحق محل الحوالة (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٣ — ١٤ يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٦ — ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

المحال عليه إلى المحال له . فأركان هذه الحوالة هي أركان أي اتفاق (convention) يتم بين طرفين . وأركان الاتفاق هي نفس أركان العقد .

ومن ثم تكون أركان حوالة الحق هي التراضي والمحل والسبب. ولابد أن يصدر الرضاء من ذي أهلية له بحسب العقد الذي تنطوي عليه الحوالة من بيع أو هبة أو رهن أو وفاء بمقابل أو غير ذلك . وأن يكون خاليا من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال(١) . وكذلك يجب أن تتوافر في المحل شرائطه العامة . ومحل حوالة الحق هو الحق الذي في ذمة المحال عليه للمحيل ، وهناك شرائط خاصة بهذا المحل هي التي نتعرض لها هنا . والسبب في الحوالة هو الباعث الذي دفع المحيل والمحال له إلى إبرامها . أي الباعث الذي دفعهما إلى البيع أو الهبة أو الرهن أو الوفاء بمقابل أو غير ذلك من الأغراض المختلفة التي تحققها الحوالة .

ونحيل في كل ما قدمناه على القواعد العامة التي سبق بسطها فيما يتعلق بالعقد . فحوالة الحق ليست إلا عقدا أو اتفاقا(٢). ونكتفي هنا ببحث مسألتين : (١) محل الحوالة . وذلك لبحث الشرائط الخاصة بحوالة الحق التي سبقت الإشارة إليها . (٢) التراضي . وذلك لتعدد أطراف الحوالة . فنرى ممن يصدر التراضي . ومتى تنعقد الحوالة . ومتى تنفذ في حق المحال عليه وفي حق الغير .

المبحث الأول

محل حوالة الحق

١٠٧١ – الأصل العام والاستثناءات التي ترد عليه : تنص المادة

---

(١) ويعتبر غلطا جوهريا أن يكون الرهن الضامن لحق المحال به قد سقط دون أن يعلم المحال له بسقوطه (استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٣) . ويعتبر تدليسا ألا يطلع المحامي موكله على المركز الصحيح لحقه في قائمة التوزيع ليحمله بذلك على أن يحول له هذا الحق (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٣) .

(٢) فهي اتفاق في نظر من يميز بين العقد والاتفاق ، إذ حوالة الحق تنقل الالتزام ولا تنشئه كما ينشئ العقد الالتزام . وقد قدمنا أنه لا توجد أهمية لهذا التمييز ، وأن الرأي الغالب في الفقه عدم التمييز بين العقد والاتفاق واعتبارهما لفظين مترادفين (انظر آنفاً فقرة ٢٢ – وانظر ما يلي فقرة ١٠٧٦) .

٣٠٣ مدنى على أنه « يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين » . وتنص المادة ٣٠٤ مدنى على أنه « لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز »[1] . ويتبين من هذه النصوص أن الأصل فى كل حق شخصى أن يكون قابلا للحوالة[2] . ومع ذلك لا يكون قابلا لها فى بعض حالات استثنائية . فنستعرض الأصل ، ثم نورد الاستثناءات .

١٠٧٢ – الأصل العام – الحق الشخصى قابل للحوالة : الحق الشخصى (créance) ، أيا كان محله ، قابل فى الأصل للحوالة به من دائنه الأصلى إلى دائن جديد . ويغلب فى حوالة الحق أن يكون محل هذا الحق مبلغا من النقود ، ولكن يجوز أن يكون محل الحق أشياء مثلية غير النقود[3] . بل يجوز أن يكون محل الحق عينا معينة بالذات ، بشرط أن يكون الحق شخصيا لا عينيا ، مثل ذلك الوعد ببيع دار يجعل للموعود له حقاً شخصيا قبل الواعد متعلقا بهذه الدار فيجوز للموعود له أن ينزل عن هذا الحق لشخص آخر[4] . كذلك يجوز أن يكون محل الحق عملا أو امتناعا عن عمل . فيجوز للمستأجر ، وهو دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، أن ينزل عن حقه

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٠٣ – ٣٠٤ (مطابق) – الليبى م ٢٩٠ – ٢٩١ (مطابق) – العراقى م ٣٦٢ و ٣٦٤ (مطابق) – اللبنانى م ٢٨٠ – ٢٨١ (موافق) .

(٢) أما الحق العينى فلا يكون محلا للحوالة ، بل ينتقل من صاحبه إلى غيره بطرق أخرى . وأهم فرق بين الحق العينى والحق الشخصى فى هذا الصدد أن الحق العينى لا يتعلق بذمة مدين معين بالذات ، ومن ثم يتم نقله بالاتفاق بين صاحب الحق ومن يتعاقد معه . أما النفاذ فى حق الغير ، فيكون بإجراءات التسجيل والقيد فى العقار ، وفى المنقول تكفل القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية لمن حاز المنقول بحسن نية حقه تجاه الغير .

(٣) وذلك كسند تعهد موقعه بموجبه أن يورد قطنا لشونة الدائن فيجوز للدائن حوالة هذا السند (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٢٠) .

(٤) ويجوز ، فى البيع غير المسجل لعقار معين بالذات ، أن يحول المشترى حقه الشخصى وفقاً لإجراءات الحوالة لا لإجراءات التسجيل ، لأن البيع غير المسجل يقتصر على إنشاء حقوق شخصية فتكون قابلة للحوالة (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤) .

إلى شخص آخر . وهذا هو التنازل عن الإيجار . ويجوز لمشترى المتجر ، إذا اشترط على بائعه عدم المنافسة وهذا التزام بامتناع عن عمل . أن ينزل عن المتجر الذى اشتراه لشخص آخر . ويعتبر أنه قد نزل له فى الوقت ذاته عن حقه الشخصى قبل البائع بعدم المنافسة . وإذا اشترط مالك العقار على جاره قيودا فى البناء وكانت القيود حقوقا شخصية وليست حقوق ارتفاق وفقاً للمادة ١٠١٨ مدنى ، فإن هذه القيود تكون التزامات بالامتناع عن عمل . ويجوز لمالك العقار عند نزوله عن عقاره لشخص آخر أن ينزل له عنها مع العقار ، بل هى تنتقل حتما معه وفقاً لقواعد الخلافة الخاصة .

ويستوى ، فى القابلية للحوالة ، أن يكون الحق منجزاً أو معلقاً على شرط[(١)] أو مقترنا بأجل . بل إن أكثر ما ترد الحوالة عليه هى الحقوق المؤجلة .

ويستوى كذلك ، فى القابلية للحوالة ، أن يكون الحق مدنيا أو تجاريا . مدونا فى سند مكتوب (حكم قضائى أو سند رسمى أو سند عرفى) أو غير مدون أصلا . فتجوز حوالة الحقوق التى لا دليل عليها إلا البينة والقرائن . وكذلك تجوز حوالة الأوراق التجارية من كمبيالات وسندات إذنية وشيكات وحوالة الأسهم والسندات . وإن كانت الحوالة فى هذه الأوراق لها إجراءات خاصة كما سنرى .

وتجوز حوالة الحق المستقبل ، فإن التعامل فى الأشياء المستقبلة جائز . فيجوز أن يحول مالك العقار مقدما الريع الذى ينتجه عقاره فى المستقبل . وتكون هذه الحوالة سارية حتى فى حق الدائنين المقيدين قبل الحوالة[(٢)] . ويجوز أن يحول المقاول إلى أحد المصارف الأجرة التى ستستحق له فى نظير الأعمال التى سيعهد بها إليه صاحب العمل ، وذلك ضمانا لاعتماد يفتحه له المصرف[(٣)] .

---

(١) فيجوز للسمسار أن ينزل عن حقه فى السمسرة إذا ما تمت الصفقة التى توجب له هذا الحق ، فهو فى هذه الحالة ينزل عن حق معلق على شرط .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٧ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٥ – ويجب إعلان هذه الحوالة لصاحب العمل حتى تنفذ فى حقه ، ولا يكفى إعلانها لوكيل عنه تقتصر وكالته على رقابة العمل ودفع الأقساط للمقاول (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٠٣) .

وفى العقد الملزم للجانبين كعقد التوريد ، يكون المورد دائنا بالثمن ومدينا بتوريد ما تعهد =

١٠٧٣ – الاستثناءات – الحالات التي يكون فيها الحق الشخصي غير قابل للحوالة : يستخلص من نص المادتين ٣٠٣ و ٣٠٤ مدني سالفتي الذكر أن الحق الشخصي لا يكون قابلا للحوالة : (١) إذا كانت طبيعته تستعصى على الانتقال من دائن إلى دائن آخر . (٢) إذا نص القانون على عدم قابليته للحوالة ، ويعتبر النص على عدم قابلية الحق للحجز نصا على عدم قابليته للحوالة (م ٣٠٤ مدني) . (٣) إذا اتفق المتعاقدان على أن الحق لا يجوز تحويله .

١ – فقد تكون طبيعة الحق تستعصى على الانتقال بسبب اتصال الحق اتصالا وثيقاً بشخص الدائن . فلا يمكن في هذه الحالة أن ينزل عنه إلى شخص آخر . من ذلك حق الدائن في النفقة . وحقه في التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق به مادام لم يتحدد التعويض بموجب اتفاق أو يطالب به الدائن أمام القضاء (م ١/٢٢٢ مدني) . كذلك يعتبر حق الشريك في شركة الأشخاص ، وحق المزارع في المزارعة . ونحو ذلك من العقود المنظور فيها إلى شخصية المتعاقد . حقوق لا يجوز تحويلها إلى شخص آخر .

٢ – وهناك حقوق شخصية عني القانون بالنص صراحة على عدم جواز حوالتها لاعتبارات ترجع في الغالب إلى أنها تتصل اتصالا وثيقاً بشخص الدائن . من ذلك حق المستعير في استعمال الشيء المعار . فلا يجوز النزول عنه دون إذن المعير (م ٦٣٩ مدني) . ويلحق بالحقوق غير القابلة للحوالة بنص القانون الحقوق غير القابلة للحجز عليها بنص القانون . من ذلك مانصت عليه المادة ٤٨٦ مرافعات من أنه « لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ

= بتوريده ، فهل يجوز له أن يحول حقه في الثمن مع بقائه ملتزما بالتوريد ؟ دعا إلى التشكك في هذا الأمر أن الحق والدين هنا مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطا وثيقاً حمل بعض الفقهاء على القول بأنه لا فكاك بينهما ، وأنه لا يجوز فصلهما بتحويل أحدهما واستبقاء الآخر . والصحيح أنه تجوز حوالة الحق مع استبقاء الدين ، وإذا كان الحق والدين مرتبطين أحدهما بالآخر في العقد الملزم للجانبين ، فليس معنى ذلك أنهما غير قابلين للتجزئة .

والحق الشخصي قابل للحوالة حتى لو كان حقاً متنازعا فيه . فإذا كانت الحوالة بيعا ، فقد أعطى القانون (م ٤٦٩ مدني) للمدين الذي ينازع في الحق أن يتخلص من مطالبة المشترى إذا هو رد إليه الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع . ومحل بحث هذه المسألة عند الكلام في البيع .

المقررة أو المرتبة موقتا للنفقة أو للصرف منها فى غرض معين . ولا على المبالغ والأشياء المرهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة . إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة » . ومن ذلك مانصت عليه المادة ٤٨٨ مرافعات من أنه « لايجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أومرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع . وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء ديون النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداها من الديون » . ومن ذلك ما قضى به القانون من عدم جواز الحجز على مرتبات الموظفين والمستخدمين إلا بقدر الربع فى نفقة أوفى دين مستحق للحكومة بسبب الوظيفة[1] . ولو أجيزت حوالة الحقوق غير القابلة للحجز لضاعت الحكمة التى توخاها القانون من تقرير عدم قابلية الحق للحجز . ولأمكن صاحب الحق غير القابل للحجز عن طريق حوالة حقه لدائنه أن يغنيه عن الحجز على هذا الحق حيث لا يجوز الحجز .

٣ — وقد يتفق المتعاقدان ، الدائن والمدين ، على أنه لايجوز للدائن حوالة الحق الذى فى ذمة المدين . أوعلى أن الحوالة لا تجوز إلا برضاء المدين . ولما كانت قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام ، فإن الاتفاق على عدم قابليته للحوالة جائز . من ذلك اشتراط المؤجر على المستأجر ألا ينزل عن الإيجار (م ٥٩٣ مدنى) . واشتراط الشركة عدم جواز حوالة ما تودعه لحساب المستخدم فى صندوق الادخار[2] . وهذا خلاف التصرف فى الحقوق العينية ، فإن النظام العام يقتضى التضييق من منع التصرف فيها حتى يسهل تداول الأموال ، ومن ثم كان شرط عدم التصرف فى هذه الحقوق مقيداً بوجوب قيامه على باعث مشروع وبقصره على مدة معقولة (م ٨٢٣ مدنى)[3] .

---

(١) وينبنى على أن الحق الشخصى غير القابل للحجز لا يكون قابلا للحوالة أن المبالغ المودعة فى صندوق التوفير تصبح غير قابلة للحوالة ، لأن الحجز عليها ممتنع بنص القانون (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٧١ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٥ – ومن أمثلة عدم جواز الحوالة بموجب الاتفاق على ذلك عدم جواز النزول عن الاشتراك فى السكة الحديدية ، وعدم جواز النزول عن تذكرة الإياب إذا أخذ المسافر تذكرتى ذهاب وإياب معاً .

(٣) ذلك أن من ينشئ حقاً شخصياً له أن ينشئه على الوجه الذى يرتضيه . فالحق لم يكن موجودا قبل إنشائه ، فله أن يوجده غير قابل للحوالة . أما من ينقل حقاً عينيا فإنه يتعامل فى شىء =

المبحث الثانى

التراضى فى حوالة الحق

§ ١ – انعقاد الحوالة

١٠٧٤ – تراضى المحيل والمحال له كاف فى انعقاد الحوالة – ولاحاجة إلى رضاء المدين : يكفى فى انعقاد الحوالة تراضى المحيل والمحال له ، أى الدائن الأصلى(١) والدائن الجديد . ولاحاجة إلى رضاء المدين الذى فى ذمته الحق . وهذا مانصت عليه صراحة المادة ٣٠٣ مدنى كما رأينا ، مجانبة فى ذلك مذهب التقنين الوطنى السابق حيث كان يشترط رضاء المدين(٢) . ومتمشية مع التقنين المختلط السابق وسائر التقنينات الحديثة حيث لايشترط هذا الرضاء .

والسبب فى عدم الحاجة إلى رضاء المدين أن انتقال الحق من دائن إلى دائن آخر ليس من شأنه الإضرار بالمدين إضرارا يستوجب تحتيم رضائه لانعقاد الحوالة ، ففى أكثر الأحوال يستوى لدى المدين أن يطالبه شخص أوآخر بالدين ؛ وهو عندما يحرص على ألا يتغير عليه دائنه يستطيع أن يتفق مع الدائن على عدم جواز الحوالة إلا برضائه(٣) . أما نفاذ الحوالة فى حق المدين فلا يكون إلا برضائه أو بإعلانه كما سيأتى(٤) .

= موجود فى التداول ، وليس من حقه أن يقيد من تداوله إلا لمسوغ مشروع ولمدة معقولة. هذا إلى أن أهم الحقوق العينية التى يرد عليها شرط المنع من التصرف هو حق الملكية ، وهو حق دائمى بطبيعته فوجب أن يكون المنع من التصرف فيه مقيداً بمدة معقولة . أما الحق الشخصى فلا حاجة إلى تقييد منع حوالته بمدة معقولة ، لأنه حق موقت بطبيعته .

(١) ويجب أن يكون المحيل لا يزال دائنا وقت انعقاد الحوالة ، فإذا كان الحق المحال به قد زال عن المحيل لم تنعقد الحوالة (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٠٤ ص ٧٣٦) .

(٢) نقض مدنى أول يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١ ص ١٤ – ٩ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٠٨ ص ٦٦٣ .

(٣) أما فى حوالة الدين فتغير المدين على دائنه أشد خطراً ، إذ أن قيمة الدين تتوقف إلى حد كبير على شخص المدين وملاءته ومبلغ مسارعته إلى الوفاء بما فى ذمته من الديون ، ومن ثم كان شأن المدين فى حوالة الدين أهم من شأن المدين فى حوالة الحق .

(٤) انظر ما يلى فقرة ١٠٧٧

١٠٧٥ – الحوالة اتفاق رضائي لا يشترط فيها شكل خاص إلا في الهبة : والحوالة ، ما لم تكن هبة صريحة ، اتفاق رضائي . فلا يشترط لانعقادها شكل خاص ، بل تنعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول[1] . حتى لو كان المحال به مضمونا برهن رسمي أو بأي حق عيني آخر . ولكن لا يجوز التمسك قبل الغير بحوالة تأمين عيني إلا إذا حصل التأشير بذلك على هامش القيد الأصلي لهذا التأمين[2] . أما إذا تمحضت الحوالة هبة مباشرة ، فإنها ككل هبة يجب أن تفرغ في شكلها الرسمي[3] . ويجب مراعاة القواعد العامة في إثبات الحوالة ، فلا يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما زاد على عشرة جنيهات[4] .

١٠٧٦ – تكييف الاتفاق الذي تتم به الحوالة : والاتفاق الذي تتم به الحوالة ما بين المحيل والمحال له هو الذي ينقل الحق من الأول إلى الثاني . ولذلك سمي اتفاقا (convention) ولم يسم عقداً (contrat) . إذ يذهب

---

(١) واستخلاص قيام الحوالة مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٦ ص ١٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣١ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢١ – ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٥ – فإذا لم يؤشر بالحوالة في هامش القيد الأصلي للتأمين ، وانتقلت العين المرهونة إلى حائز ، جاز لهذا الحائز أن يفي بالدين وفاء صحيحاً للدائن الأصلي ، إذ المفروض أن الحائز يجهل وقوع الحوالة مادام لم يؤشر بها على هامش القيد .

(٣) وإذا كانت حوالة الحق على سبيل الرهن ، فلرهن رهن حيازة ، ولا يشترط لانعقاد الحوالة في هذه الحالة شكل خاص . ولكن لا يكون الرهن نافذا في حق المحال عليه إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله إياه ، ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة الدائن المرتهن (المحال له) لسند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول (م ١١٢٣ مدني) .

(٤) فإذا كان الحق المحال به اثني عشر جنيها وكان ثمن الحوالة عشرة جنيهات مثلا ، فإن المحيل يستطيع إثبات التزام المحال له بالثمن بالبينة والقرائن لأن الثمن لا يزيد على عشرة جنيهات ، ولكن المحال له لا يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل الحق إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها لأن الحق تزيد قيمته على عشرة جنيهات . وإذا قيل إن قيمة الحق المحال به في هذه الحالة هي ثمنه الذي بيع به وليس قيمته في ذاته – وهذا ما لا نميل إلى الأخذ به لأن العبرة هي بقيمة الالتزام في ذاته ولو زادت هذه القيمة على الثمن الذي بيع به – فإن كلا من المحيل والمحال له يستطيع إثبات الحوالة بالبينة والقرائن .

بعض الفقهاء إلى أن الاتفاق أعم من العقد . فهو ينشئ الحقوق وينقلها ويعدلها ويقضيها . أما العقد فيقتصر على إنشاء الحقوق . ولما كانت الحوالة تنقل حقاً شخصيا موجودا من قبل ، ولاشأن لها بإنشاء هذا الحق ، فهى اتفاق لا عقد . ولكن أكثر الفقهاء لا يرون أهمية عملية للتمييز بين الاتفاق والعقد[1] .

§ ٢ – نفاذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير

١٠٧٧ – إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها ضرورى لنفاذ الحوالة فى حقه وفى حق الغير : لما كانت الحوالة تنعقد دون حاجة إلى رضاء المدين كما قدمنا ، فيصح إذن أن يكون جاهلا بوقوعها ، فيعامل دائنه الأصلى على أنه دائنه الوحيد ، ويفى له بالدين أويقضيه معه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة والإبراء . وينبغى أن يقع هذا التعامل صحيحاً وأن يستطيع المدين الاحتجاج به على المحال له . ومعنى ذلك أن الحوالة لاتكون نافذة فى حق المدين . وإنما تنفذ الحوالة فى حقه إذا كان عالما بها ، وعندئذ يصبح المحال له هو دائنه الوحيد . ولايجوز له التعامل مع الدائن الأصلى أو الوفاء له بالدين . وقد اختار القانون لإعلام المدين بالحوالة طريقين : إما إعلانه بهذه الحوالة . أوقبوله لها .

أما بالنسبة إلى الغير – وهو كل شخص كسب حقا من جهة المحيل على الحق المحال به يتعارض مع حق المحال له . كمحال له آخر . أودائن للمحيل وقع حجزاً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، أودائن للمحيل بعد شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره – فإنه يجب أيضاً لنفاذ الحوالة فى حقه إما إعلان المدين بالحوالة أوقبوله لها . ولما كان إعلان المدين بالحوالة لايصح إلا بورقة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٧٠ فى الهامش – على أنه يمكن القول من جهة أخرى إن الاتفاق على الحوالة ما بين المحيل والمحال له يبدأ بإنشاء التزام فى ذمة المحيل بنقل حقه الشخصى إلى المحال له ، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الحق إلى المحال له . فإذا صح هذا التكييف ، كانت الحوالة عقداً حتى عند من يذهبون إلى التمييز بين العقد والاتفاق ، إذ أنها تبدأ بإنشاء التزام بنقل الحق ثم ينتقل الحق تنفيذاً لهذا الالتزام .

رسمية كما سنرى[١] ، فإن هذا الإعلان له تاريخ ثابت حتماً . ويكون نفاذ الحوالة في حق الغير ، كنفاذها في حق المدين ، من هذا التاريخ الثابت . فإذا تزاحم المحال له مع آخر أو مع دائن حاجز مثلا . وكانت الحوالة نافذة في حق الغير عن طريق إعلانها للمدين . فتاريخ هذا الإعلان وهو تاريخ ثابت هو الذي يحدد مرتبتها بالنسبة إلى الحوالة الثانية أو إلى الحجز . أما إذا كان نفاذ الحوالة في حق الغير من طريق قبول المدين لها . فلا يكفي هذا القبول بل يجب أيضاً أن يكون له تاريخ ثابت . ومن ثم لا تكون الحوالة نافذة في حق الغير إلا من الوقت الذي يكون فيه للقبول تاريخ ثابت . ونرى من ذلك أن الحوالة ، إذا كان نفاذها من طريق قبول المدين . تكون نافذة في حق المدين من وقت هذا القبول ولو لم يكن له تاريخ ثابت . ولا تكون نافذة في حق الغير إلا من وقت أن يكون للقبول تاريخ ثابت . فهي إذن قد تكون نافذة في حق المدين دون أن تكون نافذة في حق الغير . وقد نصت المادة ٣٠٥ مدني في هذا الصدد على أنه « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ »[٢] .

والغرض من هذه الإجراءات — إعلان المدين أو قبوله — مراعاة مصلحة المدين أولا وذلك حتى يعلم بالحوالة فيمتنع من معاملة الدائن الأصلي ولا يعامل إلا الدائن الجديد[٣] ، ومراعاة مصلحة الدائن الجديد ثانيا وذلك حتى يصبح بعد

---

(١) انظر ما يلي فقرة ١٠٧٨ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣٠٥ (مطابق) — الليبي م ٢٩٢ (مطابق) — العراقي م ٣٦٣ (مطابق) — اللبناني م ٢٨٣ (موافق).

(٣) وهذه المصلحة مفترضة ، فلا يكلف المدين بإثباتها . وقد قضت محكمة النقض بأن القانون حين قرر لنفاذ الحوالة في حق المدين قبوله لها أو إعلانه بها قد شاء بذلك تحقيق مصالح افترض وجودها ، فإذا ما تمسك المدين بما رتبه القانون في هذه الحالة من عدم نفاذ الحوالة في حقه ، وجب على المحكمة أن تحكم له بعدم نفاذها دون أن تطالبه بإثبات مصلحته في القضاء له بذلك. ومتى كان سبب رفض الدعوى قائما على عدم نفاذ الحوالة في حق المدين لعدم إعلانه بها أو قبوله لها ، فإنه يستوي في ذلك أن تحكم المحكمة برفض الدعوى بحالتها أو بعدم قبولها . إذ لا يعتبر أي من هذين القضائين مانعا من التقاضي بشأن الحق موضوع عقد الحوالة إذا ما أصبحت نافذة في حق المدين (نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٢٣ ص ١٢٣) .

الإعلان أو القبول هو وحده صاحب الحق المحال به تجاه المدين والغير . ومراعاة مصلحة الغير أخيراً إذ أنه لا يمكن تركيز شهر الحوالة فى جهة خير من جهة المدين ، فهو الذى يطالبه المحال له بالحق . وهو الذى يستطيع أن يخبر الغير الذى يريد أن يتعامل فى هذا الحق بما إذا كان الدائن قد تصرف فيه من قبل أو أن حجزاً وقع على الحق تحت يده . مادام قد قبل هو التصرف السابق[١] أو أعلن به أو بالحجز . فيمتنع الغير بعد ذلك عن التعامل مع الدائن فى هذا الحق.

١٠٧٨ — إعلان المدين بالحوالة : يصدر هذا الإعلان إما من المحيل أو من المحال له . ولما كان المحال له هو الذى يعنيه قبل غيره أن تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير ، وهو الذى يخشى إن أبطأ فى ذلك أن يعمد المحيل إلى التصرف فى حقه مرة أخرى أو إلى استيفائه من المدين . لذلك كان الغالب أن يكون هو ، لا المحيل ، الذى يتولى إعلان الحوالة للمدين . وقد يعنى المحيل إعلان الحوالة ، حتى لا يوقع أحد دائنيه حجزاً تحفظيا تحت يد المدين قبل إعلانها ، فيصبح الحجز نافذاً فى حق المحال له ، ويرجع هذا عليه بالضمان . ومن ثم يكون المحيل نفسه هو الذى يعلن الحوالة درء لهذا الخطر .

ويمكن إعلان المدين بالحوالة فى أى وقت بعد صدورها ، ولا يكون الإعلان متأخراً إلا إذا سبقه إجراء يمنع من جعله مفيداً . مثل ذلك أن تصدر من المحيل حوالة أخرى تعلن للمدين أو يقبلها . فمن وقت إعلان الحوالة الثانية أو قبولها لم يعد من المفيد إعلان الحوالة الأولى . ومثل ذلك أيضا توقيع حجز من دائن المحيل تحت يد المدين ، فمن يوم توقيع هذا الحجز لم يعد إعلان الحوالة إلا بمثابة حجز جديد كما سنرى[٢] . ومثل ذلك أخيراً شهر إفلاس المدين أو إعساره ، فمن ذلك الوقت لا يكون إعلان الحوالة مفيداً إذ لا يمكن الاحتجاج بها على دائنى المفلس أو المعسر.

ويجب إعلان المدين إعلانا رسميا على يد محضر . ويكفى أن يشتمل

---

(١) ولذلك اشترط فى القبول أن يكون له تاريخ ثابت حتى لا يقدم المدين التاريخ العرفى للقبول ، فيجعله سابقاً على حوالة أو حجز وقعا فعلا قبل هذا القبول . أما إذا كانت الحوالة نافذة عن طريق إعلان المدين ، فإن الإعلان يكون له حتما تاريخ ثابت كما سبق القول .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١١٠٠ .

الإعلان على ذكر وقوع الحوالة مع بيان شروطها الأساسية دون حاجة لأن يتضمن نصها . وأية ورقة رسمية تشتمل على هذه البيانات وتعلن للمدين تقوم مقام الإعلان ، فيقوم مقام الإعلان صحيفة الدعوى التي يرفعها المحال له على المدين مطالبا إياه بوفاء الحق المحال به . ومن وقت وصول صحيفة الدعوى إلى المدين يعتبر هذا معلنا بالحوالة فتنفذ في حقه وفي حق الغير[1] . ويغني أيضاً عن الإعلان التنبيه[2] . والتقدم في توزيع[3] . وتوقيع المحال له حجزاً تحفظيا تحت يد المدين[4] .

ويوجه إعلان الحوالة إلى المدين ، أو إلى نائبه كممثل الجمعية أو مدير الشركة أو الولي أو الوصي أو القيم ، أو إلى أي شخص تكون له صفة في وفاء الحق عن المدين[5] .

١٠٧٩ — قبول المدين الحوالة : والطريق الثاني لصيرورة الحوالة نافذة في حق المدين هو قبوله لها . فإذا صار للقبول تاريخ ثابت . أصبحت الحوالة نافذة أيضاً في حق الغير كما سبق القول . والوقت الذي يصح في خلاله هذا القبول هو نفس الوقت الذي يصح في خلاله إعلان الحوالة . ويصح صدور القبول وقت صدور الحوالة نفسها وفي نفس الورقة التي دونت فيها الحوالة . ولكن لا يصح صدور القبول قبل صدور الحوالة[6] .

---

(١) استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧٦ — ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٠ — ٣ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ .

(٢) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ .

(٣) استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٩ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٣ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٨ .

(٤) ويستطيع المحال له باسمه الشخصي مطالبة المدين ، فهو يدخل في غير حاجة إلى توقيع حجز تحفظي تحت يده ، فإن فعل عد هذا بمثابة إعلان للحوالة . ولا يكون في حاجة بعد ذلك إلى طلب تثبيت الحجز التحفظي (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٩) .

(٥) فإذا كان الحق المحال به مضمونا برهن ، وبيعت العين المرهونة في المزاد بناء على طلب الدائن الأصلي ، فإن الحوالة في هذه الحالة لا تعلن إلى المدين بعد أن نزعت ملكيته . بل تعلن إلى الراسي عليه المزاد إذا كان الثمن لا يزال في ذمته . أو تعلن إلى خزانة المحكمة إذا كان الثمن قد أودع فيها .

(٦) فإذا تضمنت عبارة السند تخويلا للدائن بتحويل الحق موضوع السند لمن يشاء بغير =

وليس للقبول شكل خاص . فيصح أن يكون شفويا[1] . وقد يكون ضمنيا كما يقع فيما إذا دفع المدين بعض أقساط الدين للمحال له ففي هذا قبول ضمني للحوالة[2] . وهذا لنفاذ الحوالة في حق المدين ، أما لنفاذها في حق الغير فقد قدمنا أن القبول يجب أن يكون في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ .

ويصدر القبول من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر يمكن أن يوجه إليه الإعلان فيما لو كانت الحوالة قد أعلنت . وقد تقدم بيان من يوجه إليه إعلان الحوالة[3] .

ولا يتضمن قبول المدين للحوالة نزولا منه عن الدفوع التي كان له أن يدفع بها مطالبة المحيل ، إذ أن قبوله لا يعني أكثر من أنه علم بوقوع الحوالة فأصبحت سارية في حقه ، وصار واجبا عليه أن يدفع الدين للمحال لا للمحيل ، ولكن في الحدود التي يجب عليه فيها دفع هذا الدين للمحيل[4] . ومن ثم إذا رفض المدين أن يقبل الحوالة ، أمكن الاستغناء عن قبوله بإعلان الحوالة إليه ، فالإعلان كالقبول يفيد حتما علم المدين بوقوع الحوالة . وهذا هو المقصود من كل القبول والإعلان .

= توقف على رضاء المدين ، فإن ذلك لا يعد قبولا (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٤ ص ٦٨٤) . ويقول الحكم في هذا الصدد : « إن القبول الذي يعتد به في هذا الخصوص هو ذلك الذي يصدر من المدين وقت الحوالة أو بعدها بحيث ينم عن علمه بها ، فيكف عن سداد الدين إلى الدائن الأصلي ولا يعامل بشأنه إلا الدائن الجديد . أما إذا تضمنت عبارة السند تخويلا للدائن بتحويل الحق موضوع السند لمن يشاء بغير توقف على رضاء المدين ، فإن ذلك لا يعد قبولا بالمعنى الذي قصده المشرع بالمادة ٣٠٥ مدني ، إذ أن إطلاق عبارة السند على هذا النحو وورودها فيه سابقة للحوالة لا يتحصل معه علم المدين بشخص المحال له وبتاريخ الحوالة ، فلا يغني عن إعلانه بها وقت إتمامها أو بعده أو الحصول على قبوله لها ، حتى يتحقق الغرض الذي يستهدفه المشرع من وجوب اتخاذ هذين الإجراءين بما يرفع الشك لدى المدين بالنسبة إلى الشخص الذي يجب أن يوفي له الدين عند حلول ميعاد الاستحقاق » .

(١) ويخضع القبول في هذه الحالة ، إذا أنكر المدين صدوره منه ، للقواعد العامة في الإثبات .

(٢) استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٠ – ومن باب أولى لو دفع المدين كل الدين للمحال له (استئناف مختلط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٠) .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٠٧٨ .

(٤) ويستثنى من ذلك الدفع بالمقاصة ، فسنرى (انظر ما يلي فقرة ١٠٩٢) أن المدين لا يستطيع التمسك بها إذا قبل الحوالة دون تحفظ (م ١/٣٦٨ مدني) .

١٠٨٠ — هل يقوم علم المدين بصدور الحوالة مقام الإعلان أو القبول ؟ : قد يعلم المدين بوقوع الحوالة دون أن يعان بها رسميا ودون أن يصدر منه قبول لها ، فقد يكون حضر مجلس العقد وقت صدور الحوالة فعلم بصدورها ، وقد يكون المحال له أو المحيل تولى إخطاره بصدور الحوالة لا بإعلان رسمي بل شفويا أوكتابة ولو بكتاب مسجل . فهل يقوم علمه هذا مقام الإعلان أو القبول وتكون الحوالة نافذة في حقه ؟ مادام المدين لم يعان رسميا ولم يصدر منه قبول للحوالة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فحتى الكتاب المسجل الذى يخطر فيه بوقوع الحوالة لا يجعل علمه حاصلا من أحد الطريقين اللذين رسمهما القانون لذلك . فلا يكون هذا العلم ، ولو أقر به المدين نفسه ، كافيا فى جعل الحوالة نافذة فى حقه[1] . ذلك أن القانون متى رسم طريقاً محدداً العلم بتصرف معين ، فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذا الطريق . فالتسجيل مثلا طريق لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية الأصلية . فلا يكون انتقال هذه الحقوق نافذاً فى حق الغير إلا بطريق التسجيل . والقيد طريق لشهر إنشاء الحقوق العينية العقارية التبعية ، فلا تنفذ هذه الحقوق فى حق الغير إلا بالقيد . وكذلك الإعلان أو القبول طريق لشهر انتقال الحقوق الشخصية ، فلا تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير إلا بالإعلان أو القبول .

هذه هى القاعدة ، ولا تحتمل استثناء إلا فى حالة الغش . وصورة الغش هنا أن يكون المدين عالما بوقوع الحوالة عن طريق غير طريقى الإعلان والقبول ، ثم يعمد غشا وتواطؤا مع المحيل إلى الوفاء له بالدين إضرارا بحقوق المحال له ، وقد يحصل فى مقابل ذلك على منفعة من المحيل كأن ينزل له هذا عن جزء من الدين . فيجوز فى هذه الحالة للمحال له ألا يعتد بهذا الوفاء ، وأن يعلن الحوالة للمدين فتصبح نافذة فى حقه . ثم يطالبه بالحق المحال به ، فيوفيه المدين مرة ثانية للمحال له ، وهو فى ذلك إنما يتحمل نتيجة غشه ، وليس له إلا الرجوع على المحيل بما دفعه له أول مرة[2] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٩ .

(٢) ولكن ليس من الضرورى أن يكون مجرد علم المدين بوقوع الحوالة ، من غير الطريقين =

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على حوالة الحق

١٠٨١ — علاقات متنوعة : إذا انعقدت حوالة الحق . فهناك علاقة تقوم بين المحال له والمحيل . وأخرى تقوم بين المحال له والمحال عليه (المدين)، وثالثة تقوم بين المحيل والمحال عليه . ورابعة تقوم بين المحال له والغير ممن استمد حقاً من المحيل .

المبحث الأول

علاقة المحال له بالمحيل

١٠٨٢ — انتقال الحق المحال به والضمان : ينتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقاد الحوالة[1]، ويلتزم المحيل نحو المحال له بالضمان .

§ ١ – انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له

١٠٨٣ — انتقال نفس الحق : بمجرد أن تنعقد الحوالة بين المحيل والمحال له ، أى حتى قبل أن تكون نافذة فى حق المدين وفى حق الغير بالإعلان أو بالقبول ، ينتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له . وينتقل بكل قيمته حتى لوكان المحال له دفع فيه ثمنا أقل كما هو الغالب[2] . والحق الذى ينتقل

= اللذين رسمهما القانون وهما الإعلان والقبول ، سببا فى ثبوت الغش فى جانبه . فقد يعلم المدين بوقوع الحوالة من غير الإعلان أو القبول ، ومع ذلك يطالبه الدائن بالدين ويلح فى الطلب ، ولا يكون لدى المدين دليل على وقوع الحوالة غير علمه بها . فلا يسعه ، بعد أن يخطر المحال له إن كان يعرفه ثم لا يفعل هذا شيئاً لجعل الحوالة نافذة ، إلا أن يفى بالدين للدائن . فلا يكون قد ارتكب غشا فى هذه الحالة ، ويكون وفاؤه مبرئا لذمته بالرغم من علمه بالحوالة .

(١) على أنه إذا كانت الحوالة على سبيل الرهن ، فإن ملكية الحق لا تنتقل إلى المحال له ، بل ينتقل إليه حق عينى عليه هو حق الرهن .

(٢) هذا ما لم يكن الحق متنازعا فيه وبيع لمحال له ، فعند ذلك يجوز للمدين التخلص من الدين برده الثمن الذى دفعه المحال له للمحيل والمصروفات والفوائد من وقت الدفع . =

هو نفس الحق الذى كان فى ذمة المدين للمحيل . فيصبح – بعد أن تصير الحوالة نافذة فى حق المدين – فى ذمة المدين للمحال له[١] . ولما كان الذى ينتقل هو نفس الحق ، فإنه ينتقل بما له من صفات وما عليه من دفوع . فإن كان حقاً مدنيا أو تجاريا ، انتقل بصفته هذه إلى المحال له . وإن كان حقا قابلا للتنفيذ بموجب حكم أو سند رسمى ، انتقل إلى المحال له بهذه الصفة أيضاً . وإن كان حقاً ينتج فوائد ، انتقل بقابليته لإنتاج الفوائد ، وهكذا . كذلك ينتقل الحق بما عليه من دفوع ، فيجوز للمدين أن يتمسك قبل المحال له بنفس الدفوع التى كان يصح له أن يتمسك بها قبل المحيل . وسيأتى بيان ذلك[٢] .

ويترتب على ما تقدم أنه بعد انعقاد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين ، يمتنع على المحيل أن يطالب المدين بالحق المحال به . فإذا وفاه المدين هذا الحق وهو حسن النية لا علم له بالحوالة ، فإن الوفاء يكون صحيحاً ، ولكن المحيل يكون مسئولا قبل المحال له بالضمان .

١٠٨٤ – انتقال توابع الحق : تنص المادة ٣٠٧ مدنى على أن « تشتمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط »[٣] . وهذا طبيعى ، فإن ضمانات الحق هى من توابعه ،

= وفى حوالة الحقوق غير المتنازع فيها لا يرجع المحال له على المدين بمصروفات الحوالة ، فهذه يتحملها هو (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ – ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١١) .

(١) ويلتزم المحيل بتسليم المحال له سند هذا الحق والوسائل التى تؤدى إلى إثباته . والذى يقع عادة أن سند الحق هو الذى تدون فيه الحوالة ، ويسلمه المحيل إلى المحال له سندا لصدور الحوالة ذاتها وسندا للحق المحال به فى وقت واحد . وإذا كانت الحوالة بمقابل ، ولم يدفع المحال له المقابل للمحيل ، كان لهذا الأخير أن يحبس سند الدين حتى يستوفى المقابل (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص ٣٠٧) .

وسنرى أن توابع الحق تنتقل معه . فإذا كان هناك ضمان للحق المحال به ، وجب على المحيل تمكين المحال له من هذا الضمان ، بأن يعاون فى التأشير على هامش القيد إذا كان الضمان هو رهن رسمى أو رهن حيازى عقارى أو حق امتياز عقارى أو حق اختصاص ، وبأنه يسلم للمحال له سند الكفالة إذا كان الضمان هو كفيل شخصى .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١٠٩٢ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٠٧ (مطابق) – الليبى م ٢٩٤ (مطابق) – العراقى م ٣٦٥ (مطابق) – اللبنانى م ١/٢٨٥ (موافق) .

وقد اعتمد عليها المحال له . فإذا كان للحق كفيل شخصى ، بقى هذا الكفيل ضامناً الحق للمحال له كما كان ضامنا إياه للمحيل ، ولا حاجة لرضاء الكفيل بالحوالة إذ هو يكفل المدين والمدين لم يتغير وإنما تغير الدائن . شأنه فى ذلك شأن المدين نفسه وقد تغير عليه الدائن دون حاجة إلى رضاه . على أنه لابد من إعلان الكفيل بالحوالة أو قبوله لها حتى يعلم بها ، فإنه إذا كان لا يعلم بالحوالة ووفى الدين عن المدين للمحيل كان الوفاء صحيحاً مبرئا لذمته . وكل ضمانات الحق تنتقل معه إلى المحال له ، سواء كانت هذه الضمانات عينية كالرهن الرسمى وحق الاختصاص والرهن الحيازى وحقوق الامتياز ، أو كانت شخصية كالكفالة والتضامن وعدم القابلية للانقسام . وقد يصحب الحق دعاوى بعضها تؤكده وبعضها تتنافى معه . فالدعاوى التى تؤكده هى التى تنتقل لأنها تعتبر من توابع الحق ، بخلاف الدعاوى التى تتنافى معه فلا تنتقل . فإذا حول البائع حقه فى الثمن إلى آخر ، وكان يحق له أن يبطل البيع لعيب فى الإرادة مثلا ، فهنا صحب الحق المحال به دعويان : دعوى الفسخ لعدم وفاء المشترى بالثمن ، ودعوى الإبطال لعيب فى الإرادة . أما دعوى الفسخ فمن شأنها أن تؤكد الحق المحال به ، إذ هى بمثابة ضمان للبائع لاستيفاء حقه من المشترى ، فتنتقل إلى المحال له ويستطيع هذا إذا لم يستوف الثمن من المشترى أن يفسخ البيع ويأخذ العين المبيعة بدلا من الثمن[1] . وأما دعوى الإبطال فإنها تتنافى مع الحق المحال به ، إذ البائع عندما حول الثمن أكد وجوده فى ذمة المشترى ، ودعوى الإبطال تتنافى مع هذا التأكيد ، فلا تنتقل إلى المحال له .

وتشمل حوالة الحق ما يحل من فوائد وأقساط . فلو أن حقا ينتج فوائد قسط أقساطا سنوية ، ويحل القسط الأول منه هو والفوائد فى آخر عام ١٩٦٦ ، وحول الحق فى آخر شهر يونيه سنة ١٩٦٦ ، فإن المحال له يستحق أقساط الحق وفوائده ، ويدخل فى ذلك القسط الأول ولو أن بعضه مستحق عن نصف سنة سابقة على صدور الحوالة ، ويدخل فى ذلك أيضاً فوائد الحق جميعها ولو أن بعضها مستحق عن نصف السنة السابقة على الحوالة . بل إن المحال له يستحق ما حل فعلا وقت صدور الحوالة من فوائد وأقساط ، مادام المحيل لم يقبضه .

---

(١) استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٧ .

فلو أن الحوالة فى المثل المتقدم صدرت بعد آخر عام ١٩٦٦ . ولم يكن القسط الأول والفوائد قد دفعت بالرغم من حلولها ، فإن المحال له يستحقها جميعا ولو أنها قد حلت قبل صدور الحوالة . ذلك أنها تعتبر من توابع الحق المحال به ، فما لم يحتفظ المحيل بها صراحة أوضمنا . فإن المفروض أنه قبل أن تنتقل مع الحق المحال به إلى المحال له . شأنها فى ذلك شأن التوابع الأخرى .

§ ٢ – التزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له

١٠٨٥ — *مسائل ثلاث* : أول مايضمن المحيل أفعاله الشخصية . ثم هو بوجه عام يضمن ، عدا أفعاله الشخصية ، وجود الحق الذى حوله ما لم يتفق على ضمان أخف أو أشد . ويجب التمييز فى ذلك بين الحوالة بعوض والحوالة بغير عوض . فتجتمع مسائل ثلاث : (١) ضمان المحيل لأفعاله الشخصية : (٢) الضمان فى الحوالة بعوض . (٣) الضمان فى الحوالة بغير عوض .

١٠٨٦ — *ضمان المحيل لأفعاله الشخصية* : تنص المادة ٣١١ مدنى على أن « يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ، ولوكانت الحوالة بغير عوض أولو اشترط عدم الضمان »[(١)] فيضمن المحيل للمحال له جميع الأفعال التى تصدر منه بعد صدور الحوالة ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو زواله . فيكون مسئولا إذا هو ، بعد الحوالة وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين ، استوفى الحق من هذا الأخير ، سواء كان متواطئا معه أو غير متواطئ . ويكون مسئولا أيضاً إذا هو تصرف فى الحق المحال به تصرفا مناقضا للحوالة الأولى ، بأن باعه مرة أخرى أووهبه أورهنه أوأجرى فيه أى تصرف آخر ، واستطاع المحال له الثانى جعل حوالته نافذة فى حق المحال له الأول . ويكون مسئولا كذلك إذا عمد أحد دائنيه ، بعد صدور الحوالة وقبل صيرورتها نافذة فى حق الغير ، إلى توقيع حجز تحفظى على الحق المحال به وصار هذا الحجز نافذاً فى حق المحال له . ويستوى فى كل ذلك أن تكون الحوالة بعوض أوبغير عوض ، وأن يكون الضمان بحكم القانون أوبحكم اتفاق يشدد أويخفف من مسئولية المحيل .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣١١ (مطابق) – الليبى م ٢٩٨ (مطابق) – العراق م ٣٧١ (موافق) – اللبنانى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

بل تتحقق المسئولية على النحو المتقدم حتى لو اشترط المحيل عدم الضمان .

وإذا تحقق ضمان المحيل عن أفعاله الشخصية ، رجع عليه المحال له بتعويض كامل يشمل قيمة الحق المحال به كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل ، ويشمل أيضاً التعويض عن أي ضرر آخر . وسنرى أن ضمان المحيل ، في غير أفعاله الشخصية ، يقتصر على رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات[1] .

١٠٨٧ – الضمان في الحوالة بعوض : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ مدني على أنه « إذا كانت الحوالة بعوض ، فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك »[2] . ويكون الحق المحال به غير موجود وقت صدور الحوالة ، فيجب على المحيل الضمان ، إذا كان مصدر هذا الحق عقداً باطلا أو عقداً قابلا للإبطال لمصلحة المدين فأبطله هذا ، أو كان هذا الحق قد انقضى قبل صدور الحوالة كأن كان المحيل قد استوفاه أو قضاه بالتجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو انقضى الحق بالتقادم[3] . كذلك يكون الحق غير موجود وقت صدور الحوالة ، فيجب على المحيل الضمان ، إذا ظهر أن المحيل كان قد تصرف فيه قبل حوالته بموجب حوالة سابقة صارت نافذة في حق الغير[4] . وكما يكون المحيل ملتزماً بضمان وجود الحق ، يكون أيضاً ملتزماً بضمان وجود توابعه التي تنتقل معه كالتأمينات[5] .

---

(١) انظر ما يلي فقرة ١٠٨٧ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣٠٨/١ (مطابق) – الليبي م ٢٩٥/١ (مطابق) – العراقي م ٣٦٨/١ (مطابق) اللبناني م ٢٨٤ (موافق) .

(٣) أما إذا كان الحق قد انقضى بعد صدور الحوالة بفعل المحيل ، فإن هذا يكون ملتزماً بالضمان ولكن بسبب فعل شخصي على النحو الذي قدمناه .

(٤) أما إذا كان التصرف قد صدر بعد صدور الحوالة ولكنه أصبح نافذاً قبل نفاذها ، فإن المحيل يكون ملتزماً بضمان فعله الشخصي على النحو الذي قدمناه .

(٥) وهو لا يضمن إلا وجود التأمين في ذاته ، أي وجود الرهن أو الامتياز أو الكفالة ، دون أن يضمن كفاية الرهن أو الامتياز أو ملاءة الكفيل ، إلا إذا وجد اتفاق خاص (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٤) .

وضمان وجود الحق وتوابعه إنما ينصب على هذا الوجود وقت انعقاد الحوالة . فلو انقضى الحق أو شيء من توابعه بعد ذلك لسبب لا يرجع إلى المحيل ، كأن سقط الحق بالتقادم أو سقط قيد الرهن الضامن له ، فلا ضمان على المحيل .

وقد يتفق المحيل والمحال له على تخفيف هذا الضمان أو على تشديده . يتفقان على تخفيف الضمان إذا اشترط المحيل مثلا أنه لا يضمن توابع الحق المحال به ، بل قد يصل الاتفاق على تخفيف الضمان إلى محوه أصلا فيشترط المحيل ألا يضمن وجود الحق المحال به ذاته . ويتفقان على تشديد الضمان . وأكثر ما يكون ذلك في اشتراط المحال له على المحيل أن يضمن له ، لا وجود الحق المحال به فحسب ، بل أيضا يسار المدين . وتنص المادة ٣٠٩ مدنى فى هذا الصدد على أنه « ١ – لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان . ٢ – وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك »[١] . فإذا اشترط المحال له على المحيل ضمان يسار المدين ، انصرف الضمان إلى يسار المدين وقت انعقاد الحوالة ، فلو أعسر المدين بعد ذلك ولو قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حقه لم يجب الضمان على المحيل . فإذا أراد المحال له أن يضمن المحيل يسار المدين عند حلول ميعاد الوفاء بالحق المحال به ، وجب عليه أن يبين ذلك فى الشرط الذى يأخذه على المحيل . وعند ذلك يكون المحيل مسئولا إذا طالب المحال له المدين بالحق عند حلوله فوجده معسراً . وليس من الضرورى أن تكون المطالبة فى اليوم نفسه الذى يحل فيه الحق ، بل يجوز أن تكون المطالبة فى خلال مدة معقولة من يوم الحلول ، فإذا كان المدين قد أعسر فى خلال هذه المدة المعقولة فإن المحيل يكون مسئولا عن إعساره بموجب شرط الضمان[٢] .

وإذا تحقق ضمان المحيل على النحو الذى قدمناه ، لم يرجع عليه المحال له إلا بما استولى عليه المحيل من العوض مع الفوائد والمصروفات . وتنص المادة ٣١٠ مدنى فى هذا الصدد على أنه « إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٠٩ (مطابق) – الليبى م ٢٩٦ (مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٣٠٩ مصرى) – العراق م ٣٦٩ (مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٣٠٩ مصرى) – اللبنانى م ٢٨٤ (موافق) .

(٢) وحتى يستطيع المحال له الرجوع على المحيل بضمان اليسار ، يجب عليه أولا أن يثبت أن المدين معسر ، ولا يتسنى له ذلك إلا إذا كان قد رجع فعلا على المدين وعلى جميع الضمانات التى تكفل الدين (استئناف مصر ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٠ ص ٥٤٣) . وليس على المحيل أن يقدم للمحال له مصروفات هذا التجريد ، فهو ليس بكفيل للمدين .

للمادتين السابقتين . فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات . ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك»[١] . فأقصى ما يرجع به المحال له على المحيل هو أن يسترد منه ما دفعه له عوضا عن الحق المحال به ، مع الفوائد من يوم الدفع بالسعر القانونى ، ومع المصروفات التى يكون قد أنفقها فى إبرام الحوالة أولا ثم فى مطالبة المدين ثانيا ثم فى الرجوع بالضمان على المحيل أخيراً . وهذا سواء كان الضمان بحكم القانون ولم يجد المحال له الحق موجوداً ، أو كان بحكم الاتفاق ولم يجد المحال له المدين موسراً . ويجوز أن يرجع المحال له بأقل من ذلك إذا وجد شرط يخفف الضمان ، بل يجوز ألا يرجع بشىء أصلا إذا اشترط المحيل عدم الضمان . أما إذا وجد شرط يشدد الضمان ، فيلتزم المحيل مثلا أن يرجع للمحال له بقيمة الحق المحال به كلها إذا كانت هذه القيمة أكثر مما دفعه المحال له ، كان هذا الشرط باطلا . فالمبدأ الذى يضع الحد الأقصى لمقدار ما يرجع به المحال له هو إذن من النظام العام ، لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه[٢] .

١٠٨٨ — الضمان فى الحوالة بغير عوض : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٨ مدنى على ما يأتى : « أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق »[٣] . ذلك أن المحيل بغير عوض ، حتى لو كان الحق المحال به غير موجود ، لم يستول من المحال له على شىء حتى يرده إليه . فلا يجوز إذن أن يلزم ، ولو باتفاق خاص ، أن يرد شيئا إلى المحال له .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣١٠ (مطابق) — الليبى م ٢٩٧ (مطابق) — العراق ٣٧٠ (مطابق) — اللبنانى م ٢٨٤ (موافق فيما عدا أن التقنين اللبنانى يجيز الاتفاق على الرجوع بقيمة الحق كلها دون الاقتصار على العوض والفوائد والمصروفات) .

(٢) وقد قصد المشرع بذلك قطع السبيل على المضاربين . فإذا اشترى المضارب حقاً قيمته مائة بثمانين ، ثم اشترط ضمان المحيل ليسار المدين بقيمة الحق كلها ، وأجيز هذا الشرط ، لكان المضارب واثقا من الحصول على مائة فى الثمانين التى دفعها ، إما من المدين إن كان موسراً ، أو عن طريق الرجوع بالضمان على المحيل .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٠٨/٢ (مطابق) — الليبى م ٢٩٨/٢ (مطابق) — العراق م ٣٦٨/٢ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل (ويظهر من المادة ٢٨١ لبنانى أن المحيل لا يرد شيئا إلا إذا وجد اتفاق خاص) .

على أنه إذا تعمد المحيل إخفاء سبب الاستحقاق ، جاز للمحال له أن يرجع على المحيل بتعويض عادل عما أصابه من ضرر . ويستخلص هذا الحكم من المادة ١/٤٩٤ مدنى . وهى تقضى بأن الواهب لا يضمن استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . فيقدر القاضى للموهوب له تعويضا عادلا عما أصابه من الضرر . ويجب أن يكون الضرر خسارة إيجابية لحقت الموهوب له . بأن يكون مثلا قد اعتمد على الحق الموهوب فى سداد دين أوفى القيام بمشروع . فلما فات عليه هذا الحق تحمل خسارة من جراء ذلك . فيقدر القاضى تعويضا عادلا . ملاحظا فى ذلك أن المحيل متبرع . فلا يكون للتعويض مدى مماثل للتعويض الذى يدفعه المحيل لو كانت الحوالة بعوض[1] .

المبحث الثانى

علاقة المحال له بالمحال عليه

§ ١ – قبل إعلان الحوالة أو قبولها

١٠٨٩ – الإجراءات التحفظية التى يتخذها المحال له : تنص المادة ٣٠٦ مدنى على أنه « يجوز قبل إعلان الحوالة أوقبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل إليه »[2] . فقبل إعلان الحوالة أو قبولها يبقى المحيل دائنا للمحال عليه . لأن الحوالة لم تنفذ بعد فى حق المحال

(١) وتنص المادة ٢/٤٩٤ مدنى على ما يأتى : « وإذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى » . فإذا كان البائع قبل أن يسلم المبيع قد وهب الثمن المستحق فى ذمة المشترى إلى آخر عن طريق الحوالة ، ثم هلك المبيع قبل تسليمه المشترى بفعل أجنبى . فالثمن فى هذه الحالة يسقط عن المشترى ولا يستطيع المحال له الرجوع عليه بشيء . ولكن لما كان الأجنبى متعديا فى هلاك الشيء ، فإن للبائع أن يرجع عليه بدعوى تعويض . فهذه الدعوى قد حلت محل الثمن المحال به ، ومن ثم يحل المحال له محل المحيل (البائع) فى هذه الدعوى قبل الأجنبى .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٠٦ (مطابق) – الليبى م ٢٩٣ (مطابق) – العراقى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) – اللبنانى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

عليه . أما المحال له فدائنيته للمحال عليه ينقصها النفاذ ، فهى دائنية محدودة لا تولد آثارا كاملة . ولكنها تولد بعض الآثار على كل حال .

فيستطيع المحال له ، قبل إعلان الحوالة أو قبولها ، أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما هو واجب للمحافظة على الحق المحال به . ومن ثم يجوز له أن يقطع التقادم إذا رأى أنه أوشك أن يتكامل . وبدلا من أن يبدأ بإعلان الحوالة إلى المحال عليه لجعلها نافذة فى حقه . ثم يطالب بعد ذلك بالحق مطالبة قضائية ليقطع التقادم وقد لا يكون هناك وقت كاف قبل تكامل التقادم للقيام بهذين الإجرائين المتتاليين ، يعمد منذ البداية إلى مطالبة المحال عليه مطالبة قضائية تقطع التقادم فورا . فيحفظ المحال له بذلك حقه من السقوط . والمطالبة القضائية تتضمن بطبيعة الحال إعلانا للحوالة ، فهى تحدث الأثرين معاً فى وقت واحد : تقطع التقادم وتجعل الحوالة نافذة فى حق المحال عليه وفى حق الغير. ويستطيع المحال له أن يتلقى من المحال عليه إقرارا بالحق فى ذاته فينقطع التقادم، وذلك قبل أن يكون المحال عليه مستعدا لقبول الحوالة ، فهو يقر بالحق الذى فى ذمته ، ويريد أن يتريث فى قبول الحوالة تحوطا منه للنتائج التى تترتب على هذا القبول . وبخاصة أثر القبول فى منع التمسك بالمقاصة .

ويجوز للمحال له أيضاً أن يبادر إلى قيد رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الحق المحال به ، فليس هذا إلا إجراء تحفظيا يستطيع القيام به قبل إعلان الحوالة أو قبولها . كما يستطيع أن يجدد القيد إذا كان قد مضى على القيد السابق عشر سنوات . ويكون القيد أو تجديده باسمه هو لا باسم المحيل .

ويجوز للمحال له أن يوقع حجراً تحفظيا تحت يد مدين المحال عليه ، ويتابع إجراءات هذا الحجز حتى يصل إلى الحكم بصحة الحجز ، فيقف عند هذا الحد إذ يصبح الحجز عندئذ إجراء تنفيذيا لا إجراء تحفظيا ، فلا يستطيع المحال له الاستمرار فيه قبل أن يجعل الحوالة نافذة فى حق المحال عليه[1] .

---

(١) وإذا كان المحال له يستطيع اتخاذ إجراءات تحفظية ضد المحال عليه ، فهذه الإجراءات يستطيع أيضاً ، ومن باب أولى ، أن يتخذها المحيل ، لأنه لا يزال دائنا للمحال عليه مادامت الحوالة لم تصبح نافذة فى حق هذا الأخير . ومن ثم يكون للمحل عليه ، بالنسبة إلى الإجراءات التحفظية ، دائنان فى وقت واحد : المحيل والمحال له .

١٠٩٠ — امتناع المحال عليه من الإضرار بحقوق المحال له : وإذا علم المحال عليه بالحوالة فعلا قبل أن تصبح نافذة فى حقه بالإعلان أو بالقبول ، فمن واجبه حينئذ أن يمتنع عن إتيان أى عمل ينطوى على غش ويكون من شأنه الإضرار بحقوق المحال له . فليس له أن يوفى الحق المحال به للمحيل غشا وتواطؤ معه ، أما إذا أجبره المحيل على الوفاء فلا حيلة له[1] . وليس له أن يتواطأ غشا مع محال له ثان للمحال له الأول ، فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى . بل إنه يستطيع ، قبل إعلان الحوالة أو قبولها ، أن يوفى الحق المحال به للمحال له ، ويعتبر هذا الوفاء بمثابة قبول ضمنى منه للحوالة[2]. كما يستطيع المحال له أن يطالب بالحق المحال به مطالبة قضائية . وتعتبر هذه المطالبة بمثابة إعلان للحوالة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[3] .

ونرى من ذلك أنه من وقت صدور الحوالة إلى وقت إعلانها أو قبولها ، يكون للمحال عليه دائنان فى دين واحد ، هما المحيل والمحال له . ولكل منهما أن يطالب بالدين ، وللمدين أن يوفى الدين لأى منهما . وهما مع ذلك ليسا بدائنين متضامنين[4] .

§ ١ – بعد إعلان الحوالة أو قبولها

١٠٩١ — حلول المحال له محل المحيل فى نفس الحق المحال به : بإعلان الحوالة أو قبولها تصبح نافذة فى حق المحال عليه . وينتقل بالنسبة إليه الحق المحال به من المحيل إلى المحال له[5] . وينتقل هذا الحق بالحالة التى يكون

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٨٠ فى الهامش .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٧٩ وفى الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٠٨٩ .

(٤) ومن ثم لا يكون للإعلان أو القبول شأن عملى كبير فى العلاقة ما بين المحال له والمحال عليه وهذا بخلاف الغير من محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن عادى فى حالة إفلاس المحيل أو إعساره فإن للإعلان أو القبول شأنا حاسما بالنسبة إلى هؤلاء . ونرى من ذلك أن المحال عليه هو فى مركز وسط بين أطراف الحوالة والغير ، فهو لا يتمحض غيراً ولا يخلص طرفاً فى الحوالة .

(٥) وقد تقدم الكلام فى انتقال الحق إلى المحال له بالنسبة إلى المحيل (انظر آنفاً فقرة ١٠٨٣) ، ونحن الآن فى صدد انتقال الحق إلى المحال له بالنسبة إلى المحال عليه .

عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها[١] . فمن هذا الوقت لا يكون للمحال عليه إلا دائن واحد هو المحال له . فلا يجوز وفاء الحق للمحيل[٢] ، ولا يستطيع المحيل أن يتصرف فى الحق مرة ثانية ، كما لا يجوز أن يوقع أحد دائنى المحيل حجزاً تحفظيا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه . ويجوز للمحال له أن يجبر المحال عليه على الوفاء له بالحق كاملا ، كما يجوز له أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة والإبراء[٣] .

وينتقل الحق إلى المحال له بالصفات التى تكون له وقت الإعلان أو القبول . فلو كان الحق ثابتا فى سند تنفيذى فى هذا الوقت ، ولو لم يكن ثابتا فى هذا السند وقت صدور الحوالة ، فإن الحق ينتقل إلى المحال له قابلا للتنفيذ بفضل هذا السند التنفيذى . ولو كان الحق تجاريا أو ينتج فوائد أو كانت له صفات أخرى غير ذلك ، فإنه ينتقل بنفس هذه الصفات إلى المحال له قبل المحال عليه[٤] .

---

(١) فلو أن هذا الحق كان موجوداً وقت صدور الحوالة ، ولكنه انقضى قبل الإعلان أو القبول بأن استوفاه المحيل مثلا أو قضاه بأى سبب من أسباب الانقضاء ، فإن المحال له لا ينتقل إليه شيء قبل المحال عليه لأن الحق أصبح غير موجود وقت الإعلان أو القبول .

(٢) ومن باب أولى لا يستطيع المحيل أن يبرئ ذمة المحال عليه من الدين إذا كان إعلان الحوالة للمحال عليه سابقاً على إعلان الإبراء (استئناف مختلط ١٨ نوفبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٤) . ولا يستطيع المحيل بعد نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه أن يصالحه (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣) . ولا يحتج على المحال له بالاتفاقات التى تكون قد تمت بين المحيل والمحال عليه بعد إعلان الحوالة للمحال عليه (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٤١٢) .

(٣) ويستطيع المحال له أن يتخذ الإجراءات القضائية ضد المحال عليه باسمه خاصة (استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٧) ، فله أن يرفع استئنافا عن حكم صدر لمصلحة المحال عليه ضد المحيل (استئناف مختلط ١٤ نوفبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٠ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣٠ – ١٥ نوفبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ١٢) . وإذا وجدت قضية قائمة بين المحيل والمحال عليه فى خصوص الحق المحال به ، وجب على المحال له أن يأخذ مكان المحيل فيها بأن يتدخل فى الدعوى فى أية حالة كانت عليها (استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧ – استئناف مختلط ٢٠ نوفبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٤) . وللمحال له الحق فى التنفيذ باسمه ، ولو كانت الحوالة فى ورقة عرفية ، مادام الحق المحال به قد استجمع الشرائط القانونية ليكون قابلا للتنفيذ بأن كان ثابتا فى ورقة رسمية أو صدر به حكم قابل للتنفيذ (مصر مستعجل ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٣٣ ص ٦٦٣) .

(٤) على أن الصفات اللصيقة بشخص المحيل لا تنتقل إلى المحال له ، فلو أن المحيل كان زوجة =

وينتقل الحق إلى المحال له بالضمانات التي تكفله وقت الإعلان أو القبول[1]. فلو أن الحق المحال به كان مضموناً برهن أو اختصاص أو امتياز أو كفيل ، فإنه ينتقل بهذه الضمانات إلى المحال له قبل المحال عليه وقبل الكفيل . ولو كان الضمان موجوداً وقت صدور الحوالة ، ولكنه انقضى قبل إعلانها أو قبولها كما لو سقط قيد الرهن أو أبرأ المحيل الكفيل قبل الإعلان أو القبول ، فإن الضمان يعتبر غير موجود ، ويرجع المحال له على المحيل بالضمان وفقاً للقواعد التي قدمناها .

١٠٩٢ — الدفوع التي للمحال عليه أن يتمسك بها قبل المحال له :

تنص المادة ٣١٢ مدني على أن « للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه . كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة »[2] . وهذه نتيجة منطقية مترتبة على كون الحق المحال به هو الذي ينتقل من المحيل إلى المحال له . فينتقل بالدفوع التي عليه كما انتقل بالصفات والضمانات التي له .

فيستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل وقت إعلان الحوالة أو قبولها[3] . فيجوز أن يكون الحق المحال به قد انقضى وقت إعلان الحوالة أو قبولها . حتى لو كان موجودا

= المحال عليه ، ومن ثم يكون سريان التقادم موقوفاً لمصلحة الزوجة . لم ينتقل أثر هذه الظروف الشخصية إلى المحال له ، ويبدأ سريان التقادم من وقت أن تصبح الحوالة نافذة في حق الزوج المحال عليه . وعلى العكس من ذلك إذا حول الحق لزوجة المدين ، وقف سريان التقادم لمصلحتها ولم يكن موقوفاً من قبل لمصلحة المحيل . وإذا حول الوارث حقاً للتركة انتقل إليه بالميراث ، وأصبح المحال له خلفاً خاصاً في هذا الحق ، لم يصبح بالحوالة مسئولا عن شيء من ديون التركة ، بل يبقى الوارث المحيل هو المسئول عن هذه الديون في حدود حصته في الميراث (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢١) .

(١) وكما ينتقل الحق بضماناته ينتقل أيضاً بما يثقله من تكاليف ، فينتقل حق المقاول إلى المحال له مثلا بامتياز المقاول من الباطن (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٦١ — دوائر مجتمعة ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣١٢ (مطابق) — الليبي م ٣٠٠ (مطابق) — العراقي م ٣٦٦ (موافق) — اللبناني م ٢٨٠/٢ (موافق) .

(٣) نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤ .

وقت صدور الحوالة . ويصح إذن للمحال عليه أن يدفع بأن الحق قد انقضى إما بالوفاء [١] . أو بالتجديد أو بالإبراء أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء . سواء كان الانقضاء سابقا على صدور الحوالة أو تاليا له مادام الحق قد انقضى قبل إعلان الحوالة أو قبولها . ويجوز أن يكون الحق المحال به مصدره عقد باطل أو عقد قابل للإبطال أو عقد قابل للفسخ . أو يكون الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق أو معلقاً على شرط فاسخ تحقق . فكل هذه دفوع كان المحال عليه يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل . فيستطيع كذلك أن يتمسك بها قبل المحال له [٢] . على أن هناك دفعين يخرجان على هذه القواعد ، هما الدفع باتحاد الذمة والدفع بالمقاصة . فإذا كان المحال عليه هو وارث المحيل ، وبعد صدور الحوالة ولكن قبل إعلانها أو قبولها مات المحيل فورثه المحال عليه وانقضى الحق المحال به باتحاد الذمة ، فإن المحال عليه لا يستطيع أن يدفع مطالبة المحال له بعد إعلان الحوالة بانقضاء الحق . لأنه لما كان وارثا للمحيل وكان للمحال له أن يرجع بالضمان على المحيل أو على تركته التي يمثلها الوارث . فإن الأمر ينتهي إلى أن المحال عليه لا يجوز له أن يتمسك بهذا السبب من أسباب الانقضاء . كذلك إذا كان هناك حق للمحال عليه في ذمة المحيل يجعل الحق المحال به ينقضي بالمقاصة فيه ، ولكن المحال عليه قبل الحوالة دون تحفظ ، فإنه لا يستطيع بعد ذلك أن يدفع مطالبة المحال له بالمقاصة (م ١/٣٦٨ مدني) [٣] .

ويستطيع المحال عليه كذلك أن يتمسك بالدفوع التي ترجع إلى عقد الحوالة ذاته . مثل ذلك أن يكون عقد الحوالة باطلا . وهو سند المحال له في الرجوع على المحال عليه . فلهذا أن يدفع ببطلانه إذ يجوز أن يتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة . أما إذا كان عقد الحوالة قابلا للإبطال لمصلحة المحيل ، فإن المحيل

---

(١) وليس من الضروري أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ لإمكان أن يتمسك المحال عليه قبل المحال له ، ولكن للمحال له أن يثبت عدم جديتها (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧١) .

(٢) أما إذا كان الحق المحال به صوريا ، وحوله المحيل . فإن المحال له يعتبر من الغير في الصورية إذا كان حسن النية ، ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبله بانعدام الحق لصوريته (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٧ ص ٦٨٤) .

(٣) أما إذا كان المحال عليه لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها . فإن الحوالة لا تمنعه من أن يتمسك بالمقاصة (م ٢/٣٦٨ مدني) .

دون المحال عليه هو الذى يستطيع أن يتمسك بإبطال الحوالة . فلا يبقى أمام المحال عليه إلا أن يدخل المحيل خصما فى الدعوى التى يرفعها عليه المحال له ، ويطلب منه إما أن يتمسك بإبطال الحوالة وإلا دفع المحال عليه الحق للمحال له معتبراً سكوت المحيل عن التمسك بإبطال الحوالة إجازة ضمنية لها . وقد يكون عقد الحوالة صوريا . فيجوز للمحال عليه أن يدفع بصوريته[1] . وأن يثبتها بجميع الطرق ولو بالبينة والقرائن لأنه ليس طرفا فى الصورية[2] .

المبحث الثالث

علاقة المحيل بالمحال عليه

١٠٩٣ — المرحلة التى تسبق إعلان الحوالة أو قبولها : فى هذه المرحلة لا تزال الحوالة غير نافذة فى حق المحال عليه . ولا يزال صاحب الحق بالنسبة إليه هو المحيل . فيستطيع المحيل إذن أن يستوفى الحق من المحال عليه . وله أن يجبره على الوفاء . وليس للمحال عليه فى هذه الحالة الأخيرة إلا أن يبادر إلى قبول الحوالة حتى يجعلها نافذة فى حقه فلا يوفى الحق المحال به إلا للمحال له ، أو أن يدخل المحال له خصما فى الدعوى ويدعوه إلى تحديد موقفه من الحوالة . كذلك يستطيع المحيل أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء ، كالتجديد والمقاصة والإبراء ، ولا يكون للمحال له فى هذه الحالة إلا الرجوع عليه بالضمان إذا كان هناك محل للرجوع .

ويستطيع المحيل أيضاً أن يتصرف فى الحق المحال به فهو لا يزال صاحبه بالنسبة إلى المحال عليه وبالنسبة إلى الغير . فيحول الحق مرة أخرى إلى محال له

---

(١) ولكن إذا وفى الدين للمحال له معتقداً بحسن نية أن الحوالة جدية ، كان الوفاء صحيحاً ، لا لأنه من الغير فى الصورية ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصورى ، بل لأنه وفى الدين للدائن الظاهر بحسن نية .

(٢) على أنه إذا تمسك المحال عليه بصورية الحوالة ، جاز مع ذلك اعتبار الحوالة الصورية توكيلا من المحيل للمحال له فى قبض الحق المحال به من المحال عليه ، فيصبح المحال له باعتباره وكيلا إلزام المحال عليه بدفع الحق المحال به ، كما يجوز للمحيل الرجوع فى هذا التوكيل (استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩) .

ثان . ويجوز لدائنى المحيل أن يحجزوا حجزاً تحفظيا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه . وليس للمحال له إلا الرجوع بالضمان على المحيل .

١٠٩٤ — *المرحلة التى تلى إعلان الحوالة أو قبولها* : فإذا ما أعلنت الحوالة أو قبلت ، فقد رأينا أنها تصبح نافذة فى حق المحال عليه وفى حق الغير . ويصبح المحيل أجنبيا بالنسبة إلى المحال عليه ، فلا يستطيع أن يستوفى الحق منه ، ولا أن يتصرف فى الحق ، ولا يجوز لدائنى المحيل أن يحجزوا على الحق تحت يد المحال عليه[1] .

المبحث الرابع

علاقة المحال له بالغير

١٠٩٥ — *طوائف الغير فى الحوالة* : قدمنا أن الغير فى الحوالة طوائف ثلاث : (١) محال له آخر بنفس الحق المحال به . (٢) دائن المحيل إذا شهر إفلاس المحيل أو إعساره. (٣) دائن حاجز من جهة المحيل يكون قد حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه .

والعبرة فى نفاذ الحوالة فى حق هؤلاء الأغيار بالتاريخ الثابت لإعلان المحال عليه بالحوالة أو لقبوله لها[2]. ولا تقوم صعوبة فى تطبيق هذا المبدأ بالنسبة إلى الطائفتين الأوليين ، وإنما تقوم الصعوبة فى تطبيقه بالنسبة إلى الطائفة الثالثة وهو الدائن الحاجز . فنبحث أولا الطائفتين الأوليين ، ونفرد بعد ذلك بحثا للدائن الحاجز .

---

(١) والذين يستطيعون أن يوقعوا الحجز تحت يد المحال عليه هم دائنو المحال له . فقد أصبح الحق لمدينهم وحده .

(٢) نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٠ ص ٤١٢ – ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٠ ص ٧٤٧ .

§ ١ – التزاحم بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر أو محال له آخر

١٠٩٦ – التزاحم بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر: إذا صدرت الحوالة من المحيل ، وقبل أن تصبح نافذة فى حق الغير بالإعلان أو القبول شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره ، فإن دائنى المحيل فى هذه الحالة يصبحون من الغير بالنسبة إلى المحال له . وذلك من وقت صدور الحكم بالإفلاس أو من وقت تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

فإذا حول الدائن قبل شهر إفلاسه الحق الذى له فى ذمة مدينه إلى شخص آخر ، ولم يكن التاريخ الثابت لإعلان الحوالة إلى المدين أو لقبوله إياها سابقا على تاريخ الحكم بالإفلاس ، فإن دائنى المحيل المفلس يعتبرون من الغير بالنسبة إلى هذه الحوالة . ولما كان تاريخ نفاذها تاليا لصيرورتهم من الغير ، فإن الحوالة لا تنفذ فى حقهم . فيبقى الحق المحال به فى تفليسة المحيل المفلس تتناوله إجراءات الإفلاس ، ويدخل المحال له ضمن دائنى التفليسة ، بما له من حق الرجوع على المحيل ، ويقسم مال المحيل المفلس بينهم جميعا قسمة الغرماء(١) .

وإذا حول الدائن حقه ، ثم رفعت عليه دعوى إعسار وسجلت صحيفتها ، ولم يكن التاريخ الثابت لإعلان الحوالة إلى المدين أو لقبوله إياها سابقا على تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فإن الحوالة لا تسرى فى حق دائنى المعسر ، ويبقى الحق المحال به داخلا فى الضمان العام لجميع الدائنين ، ومنهم المحال له بما له من حق الرجوع بالضمان على المحيل ، فيكون أسوة الدائنين الآخرين فى التنفيذ على أموال المدين المعسر (م ٢٥٦ مدنى) .

١٠٩٧ – التزاحم بين محال له ومحال له آخر: تنص المادة ٣١٣ مدنى على أنه « إذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير »(٢). فالمفروض أن المحيل قد حول حقه مرة أولى ،

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٥ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣١٣ (مطابق) – الليبى م ٣٠٠ (مطابق) – العراقى م ٣٧٣ (مطابق) – اللبنانى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

ثم حول نفس الحق مرة أخرى ، سواء كانت الحوالة فى أية مرة من المرتين على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك ، فتزاحم المحال له الأول مع المحال له الثانى . فأيهما يتقدم على الآخر ؟ يقول النص إن الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير هى التى تفضل . فمن من المحال لهما سبق الآخر إلى إعلان الحوالة للمحال عليه ، أو سبق الآخر إلى الحصول على قبول ذى تاريخ ثابت من المحال عليه للحوالة[1] ، كان هو المتقدم[2] . فالعبرة إذن ، عند تزاحم هذين ، فى المفاضلة بينهما ، ليست بتاريخ صدور الحوالة ، بل بالتاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها من المحال عليه[3] .

§ ١ – التزاحم بين المحال له والدائنين الحاجزين

١٠٩٨ – حالات ثلاث : تنص المادة ٣١٤ مدنى على أنه « ١ – إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر . ٢ – وفى هذه الحالة ، إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير ، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة »[4]. ويوحى هذا النص بأنه يجب التمييز بين حالات ثلاث : (١) بعد صيرورة الحوالة نافذة فى

---

(١) ويستوى ، إذا سبق أحدهما الآخر ، أن يكون واحد منهما أعلن الحوالة للمحال عليه والثانى حصل على قبول ذى تاريخ ثابت للحوالة من المحال عليه .

(٢) وإذا كان المحال له المتقدم لم ينتقل إليه الحق إلا على سبيل الرهن ، وكان المحال له المتأخر قد كسب الحق ببيع أو هبة مثلا ، فإن المحال له الأول لا يحجب المحال له الثانى إلا فى حدود حق الرهن ، فينتقل الحق المحول به إلى المحال له الثانى مثقلا بحق الرهن الثابت للمحال الأول .

(٣) وقد يحول الدائن جزءاً من حقه إلى محال له أول والجزء الباقى إلى محال له ثان ، فهنا لا يقوم تزاحم بين المحال لهما إذ كل منهما قد حول له جزء من الحق غير الجزء الذى حول للآخر ، فيرجع كل منهما بالجزء المحول له على المحال عليه يستوفيه منه كاملا . وإذا كان المحال عليه معسراً إعساراً جزئياً ، قسم المحال لهما مال المحال عليه بينهما قسمة الغرماء . وكذلك يكون الحكم فيما لو حول الدائن جزءاً من حقه إلى محال له واستبقى الجزء الآخر لنفسه .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣١٤ (مطابق) – الليبى م ٣٠٠ (مطابق) – العراقى م ٣٧٣ (مطابق) – اللبنانى لا مقابل .

حق الغير ، عمد أحد دائنى المحيل إلى توقيع حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، فقام التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتأخر . (٢) قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حق الغير بادر أحد دائنى المحيل إلى توقيع الحجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه . فقام التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم . (٣) قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حق الغير بادر أحد دائنى المحيل إلى توقيع الحجز ، ثم بعد صيرورتها نافذة فى حق الغير وقع دائن آخر حجزاً ثانيا . فقام التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم والدائن الحاجز المتأخر . ولكل من هذه الحالات الثلاث حكمها الخاص .

١٠٩٩ — التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتأخر : لم يرد فى هذه الحالة نص لوضوحها . فالمفروض أن الحوالة قد نفذت فى حق الدائن الحاجز قبل تاريخ إعلان الحجز . فانتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بالنسبة إلى الدائن الحاجز قبل توقيع الحجز ، فيكون الحجز وقت توقيعه قد وقع على حق غير مملوك للمدين ، فيقع باطلا لانعدام المحل . ومن ثم يتقدم المحال له فى هذه الحالة على الدائن الحاجز ، ويستولى أولا على قيمة حوالته[١] .

١١٠٠ — التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم : نفرض فى هذه الحالة أن الدائن الحاجز قد سبق المحال له ، فأعلن الحجز للمحال عليه قبل أن يعلن المحال له الحوالة أو قبل أن يحصل على قبول لها ذى تاريخ ثابت من المحال عليه[٢] . لاشك فى أن الحجز هنا وقع على الحق المحال به فى وقت كان هذا الحق ملك المدين ، فالحجز صحيح منتج لأثره . ولكن الحوالة المتأخرة تعتبر هى نفسها بمثابة حجز متأخر . فإن المحال له دائن بالضمان

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٧ — ٢٤ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٣ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٧ — فإذا كانت الحوالة بكل الحق ، أخذه المحال له كله من المحال عليه ولا يبقى للدائن الحاجز شىء . وإن كانت الحوالة بجزء من الحق ، استولى المحال له على هذا الجزء كاملا . وما يبقى من الحق بعد ذلك يستوفى منه الدائن الحاجز حقه أو بعض حقه بحسب الاحوال .

(٢) وحتى لو كان حق الدائن الحاجز متأخراً عن صدور الحوالة ، مادام إعلان الحجز سابقاً على الإعلان أو التاريخ الثابت للقبول .

للمحيل ، وبإعلان الحوالة أو بقبولها من المحال عليه يكون كأنه وقع بحقه فى الضمان حجزاً آخر تحت يد المحال عليه (م ١/٣١٤ مدنى سالفة الذكر) . ولما كان الحجز المتأخر يزاحم الحجز المتقدم ، فإن وجد مال للمحيل عند المحال عليه يفى بكل من الحجز والحوالة أخذ كل من الدائن الحاجز والمحال له جميع حقه . أما إذا ضاق المال الذى للمحيل عند المحال عليه عن ذلك ، فإن هذا المال يقسم بين الدائن الحاجز والمحال له قسمة غرماء .

١١٠١ — التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم والدائن الحاجز المتأخر — حوالة بين حجزين : نفرض فى هذه الحالة أن الحاجز الأول أعلن حجزه قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حقه . ثم صارت الحوالة نافذة فى حق الغير . وبعد ذلك أعلن الحاجز الثانى حجزه . فعندنا إذن حاجز متقدم ثم محال له ثم حاجز متأخر ، أى حوالة بين حجزين[1] . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٤ مدنى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد على أن «الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة» . فإذا فرضنا أن الحق الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه هو ٩٠٠ ، وكان حق الحاجز المتقدم ٣٠٠ وحق المحال له ٣٠٠ وحق الحاجز المتأخر ٦٠٠ ، فإننا أولا نقسم الحق وقيمته ٩٠٠ بين الثلاثة قسمة غرماء ، فينال الحاجز المتقدم ٢٢٥ والمحال له ٢٢٥ والحاجز المتأخر ٤٥٠ . ثم تستكمل حصة المحال له إلى ٣٠٠ من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى المحال له قيمة الحوالة كلها ، فتنزل حصة الحاجز المتأخر إلى ٣٧٥. وتكون حصص الثلاثة نهائيا على الوجه الآتى : للحاجز المتقدم ٢٢٥ ، وللمحال له ٣٠٠ ، وللحاجز المتأخر ٣٧٥ . والعلة فى هذا الحكم أن المشرع أراد أن يجعل

---

(١) ولو لم يوجد نص صريح فى هذه المسألة لكان الحكم الذى يتفق مع القواعد العامة هو على الوجه الآتى : لا محل للاعتداد بالحجز المتأخر ، فإن الحجز الذى يتأخر عن الحوالة يكون باطلا لانعدام محله . ولا محل إذن للقول بمزاحمة الحاجز الثانى للحاجز الأول ، فقبل القول بهذه المزاحمة يجب أن يكون كل من الحجزين قد وقع صحيحاً . ويترتب على ذلك أنه يجب استبعاد الحاجز المتأخر إذا كانت الحوالة المتقدمة عليه حوالة بكل الحق ، ثم يقسم هذا الحق بين الحاجز المتقدم والمحال له قسمة غرماء كما فعلنا فى الحالة الثانية .

الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم . وأراد فى الوقت ذاته ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً قبل أن يستوفى المحال له كل حقه لأن الحوالة المتقدمة تجبّ الحجز المتأخر . فأدى تطبيق هاتين الفكرتين معاً – مزاحمة الحاجز المتأخر للحاجز المتقدم وجبُّ الحوالة المتقدمة للحجز المتأخر – إلى هذا الحل التشريعى(١).

الفصل الثانى

حوالة الدين(*)

(La Cession de dette)

١١٠٢ – الأغراض المختلفة لحوالة الدين : فى حوالة الدين يتفق المدين مع أجنبى على أن يتحمل عنه الدين ، فيحل الأجنبى محل المدين فى هذا الدين نفسه بجميع مقوماته . وقد رأينا فى حوالة الحق أن الدائن هو الذى يتفق مع أجنبى على أن يحول له الحق ، فيحل الأجنبى محل الدائن فى هذا الحق نفسه بجميع مقوماته . وفى حوالة الدين يسمى المدين محيلا (cédant) ، والأجنبى محالا عليه (cessionnaire) ، والدائن محالا (cédé) . على أن التقنين المدنى لم يستعمل من هذه المصطلحات إلا المصطلح الخاص بالأجنبى فأسماه المحال عليه ، واستبقى لكل من الدائن والمدين الأصلى اسمهما . فأطراف الحوالة إذن هم المدين الأصلى والمحال عليه والدائن ، وسنتابع التقنين فيما فعل حتى لا ننحرف عن نصوصه . ويصح أن تتم حوالة الدين – بل هذا هو الأصل فيها – باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلى ، وسنعود إلى كل ذلك فيما يلى .

---

(١) ولا يوجد فى فرنسا حل تشريعى لهذه المسألة . وقد ذهب الفقه والقضاء هناك إلى إلى أن الحاجز المتقدم يزاحمه كل من المحال له والحاجز المتأخر ، فيتحدد بذلك نصيب الحاجز المتقدم . ثم يحدد نصيب المحال له على أساس ألا يزاحمه إلا الحاجز المتقدم ، إذ الحجز المتأخر لا يزاحم الحوالة المتقدمة . وما يتبقى بعد ذلك يأخذه الحاجز المتأخر .

(*) مراجع : سالى فى نظرية الالتزام فى مشروع التقنين المدنى الألمانى (فقرات ٨١ و ١٠٥ وما بعدها) – جودميه (Gaudemet) بحث فى حوالة الدين كاستخلاف خاص رسالة من ديجون سنة ١٨٩٨ – بنريه (Benrey) فى حوالة الدين رسالة من جنيف سنة ١٩١٠

ولحوالة الدين . كما لحوالة الحق ، أغراض مختلفة . من ذلك أن تنقل عين من شخص إلى آخر ويتصل بالعين التزام يجب أن ينتقل معها ، كما فى المنزل المؤمن عليه من المدين ينتقل من البائع إلى المشترى وتنتقل معه التزامات البائع نحو شركة التأمين . وقد تتصل الالتزامات بمجموع من المال كمتجر . فانتقال هذا المجموع من المال من شخص إلى آخر يقتضى أن تنتقل الالتزامات كما تنتقل الحقوق من المالك الأصلى إلى المالك الجديد . وقد يتصل التزام بالعين أوثق الاتصال . كما فى بيع العقار المرهون . فإن العقار ينتقل إلى المشترى مثقلا بحق الرهن . ولكن بائع العقار يبقى الدين فى ذمته مع أن العقار الضامن لهذا الدين قد خرج من ملكه . فيكون من المرغوب فيه أن ينتقل الدين أيضاً مع العقار المرهون من البائع إلى المشترى . وقد أفرد التقنين المدنى نصا خاصا (م ٣٢٢ مدنى) لهذه المسألة لأهميتها العملية . ويحدث أن شخصا يكون طرفا فى عقد ملزم للجانبين ، ويريد أن ينزل لآخر عن هذا العقد بما له من حقوق وما عليه من التزامات . ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق كل من حوالة الحق وحوالة الدين .

ونبحث فى حوالة الدين . كما بحثنا فى حوالة الحق . أركان الحوالة والآثار التى تترتب عليها .

الفرع الأول

أركان حوالة الدين

١١٠٣ – أركان حوالة الدين هى أركان الاتفاق بوجه عام : حوالة الدين اتفاق بين طرفين على تحويل الدين من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة مدين جديد يحل محله . فأركان هذه الحوالة ، كأركان حوالة الحق ، هى أركان أى اتفاق يتم بين طرفين . ومن ثم تكون هذه الأركان هى التراضى والمحل والسبب .

ولابد أن يصدر التراضى من ذى أهلية . خاليا من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال .

كذلك يجب أن تتوافر فى المحل شرائطه العامة . ومحل حوالة الدين هو الدين الذى يحول من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المدين الجديد . وترد حوالة الدين على جميع الديون . لا فرق فى ذلك بينما يكون منها مؤجلا أو معلقا على شرط أو مستقبلا . وهى تنعقد صحيحة فى الدين المستقبل ، ولكنها لا تنفذ إلا بوجود الدين .

والسبب فى حوالة الدين هو الباعث الذى دفع إلى عقدها . ويختلف باختلاف الأغراض المتنوعة التى تفى حوالة الدين بها . وقد سبق بيان ذلك(١).

فنحيل فى كل ذلك إلى القواعد العامة فى نظرية العقد . ونكتفى هنا ببحث الصورتين اللتين تتم فى أى منهما حوالة الدين : (١) اتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، ويقر الدائن هذا الاتفاق ليكون نافذاً فى حقه . (٢) اتفاق بين الدائن والمحال عليه ، دون تدخل المدين الأصلى بل دون حاجة إلى إقراره .

المبحث الأول

اتفاق المدين الأصلى والمحال عليه

١١٠٤ — انعقاد حوالة الدين ونفاذها فى حق الدائن : فى الصورة التى تتم فيها حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه يجب التمييز بين أمرين : (١) انعقاد الحوالة ، وتنعقد بمجرد الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه . (٢) ونفاذها فى حق الدائن . ولا تنفذ فى حقه إلا إذا أقرها .

§ ١ – انعقاد حوالة الدين

١١٠٥ — انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه : تنص المادة ٣١٥ مدنى على أن « تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين »(٢) . ويخلص من هذا النص أنه يكفى فى انعقاد حوالة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٠٢ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣١٥ (مطابق) – الليبى م ٣٠٢ (مطابق) – العراقى م ٣٤٠/ ١ (موافق) – اللبنانى م ٢٨٧/١ و ٢ (موافق) .

الدين أن يتفق المدين الأصلى مع المدين الجديد وهو المحال عليه على نقل الدين من ذمة الأول إلى ذمة الثانى(١). ومتى انعقدت الحوالة أصبح المحال عليه ملتزما بها ، فلا يجوز له الرجوع فيها إلا باتفاق آخر بينه وبين المدين الأصلى بشرط أن يتم هذا الاتفاق قبل أن يقر الدائن الحوالة .

وسنرى (٢) أن الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه على حوالة المدين يرتب فى ذمة المحال عليه التزامات شخصية نحو المدين الأصلى ، وهو فى الوقت ذاته ينقل الدين – فى العلاقة ما بين المدين الأصلى والمحال عليه – من ذمة الأول إلى ذمة الثانى(٣) . أما نقل الدين بالنسبة إلى الدائن ، فلا يتم إلا بإقرار الدائن للحوالة كما سيأتى(٤) .

١١٠٦ – لابد من تدخل الدائن على كل حال : على أن حوالة الدين . وهى تحل مدينا جديداً محل المدين الأصلى ، لا يمكن تصورها دون تدخل الدائن ، إما لانعقادها بالذات ، أو فى القليل لنفاذها فى حقه . ذلك أن تغير المدين فى حوالة الدين له شأن أخطر بكثير من تغير الدائن فى حوالة الحق . وإذا كان تغير الدائن على المدين ليس بأمر ذى خطر ، فإن تغير المدين على الدائن أمر بالغ الخطورة . إذ العبرة فى الالتزام بشخص المدين لا بشخص الدائن ، فالمدين هو الذى يحدد قيمة الالتزام من الناحية العملية ، وتتوقف هذه القيمة على ملاءته وعلى ما يبديه من يسر فى الوفاء أو مماطلة ، فلابد إذن من رضاء الدائن بتغير مدينه .

---

(١) والأهلية الواجبة فى المدين الأصلى هى أهلية التعاقد بوجه عام ، أما أهلية المحال عليه فهى أهلية الالتزام معاوضة أو تبرعا تبعا للعلاقة التى تقوم بينه وبين المدين الأصلى .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١١١٩ .

(٣) وهذه آثار بعيدة المدى . ولم يكن الاتفاق على حوالة الدين ما بين المدين الأصلى والمحال عليه يصل إلى هذا الحد فى مبدأ تطور الحوالة فى القوانين الجرمانية . فقد كان هذا الاتفاق فى البداية أثره مقصور على تعهد من قبل المحال عليه للمدين الأصلى بأداء الدين للدائن ، فلم يكن يكسب الدائن أى حق . ثم تطور فأصبح اتفاقا يكسب الدائن الحق فى أن يستوفى الدين من المحال عليه ، مع بقاء المدين الأصلى مدينا إلى جانب المحال عليه . وفى آخر مراحل التطور أصبح هذا الاتفاق ناقلا للدين فيما بين المدين الأصلى والمحال عليه ، فإذا ما أقره الدائن انتقل الدين أيضاً بالنسبة إلى هذا الأخير ولم يعد للدائن إلا مدين واحد هو المحال عليه وقد حل محل الدين الأصلى . وقد اقتفى التقنين المدنى المصرى أثر التقنين المدنى الألمانى فى هذا التصوير الفنى الأخير .

(٤) انظر ما يلى فقرة ١١٠٩ وفقرة ١١١٤ – ١١١٦ .

ومن ثم جعل التقنين المدنى الألمانى الصورة الأولى لحوالة الدين هى الصورة التى تتم فيها الحوالة باتفاق بين الدائن نفسه والمحال عليه (م ٤١٤ مدنى ألمانى)، دون حاجة إلى رضاء المدين الأصلى إذ حوالة الدين تتمحض لمصلحته . فيكون رضاء الدائن ضروريا فى هذه الصورة لانعقاد الحوالة لا لنفاذها فى حقه فحسب . ولكن التقنين المدنى المصرى قدم الصورة الثانية التى تتم فيها الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه – وهى الصورة التى نحن بصددها – على الصورة الأولى التى كانت أولى بالتقديم ، مراعاة للتنسيق بين حوالة الدين وحوالة الحق . فحوالة الحق تتم باتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد ، وكذلك حوالة الدين تتم هى أيضاً باتفاق بين المدين الأصلى والمدين الجديد .

§ ٢ – نفاذ حوالة الدين فى حق الدائن

١١٠٧ – لا تنفذ الحوالة فى حق الدائن إلا إذا أقرها : تنص المادة ٣١٦ مدنى على أنه « ١ – لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها . ٢ – وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة »[١]. ويتبين من هذا النص أن إقرار الدائن للحوالة ضرورى حتى تنفذ فى حقه . وليس للإقرار شكل خاص ، وقد يكون صريحا أو ضمنيا كما إذا استوفى الدائن الدين أو جزءا منه من المحال عليه دون تحفظ . ونبحث فى صدد الإقرار مسألتين : (١) متى يصدر الإقرار من الدائن . (٢) الأثر الذى يترتب على إقرار الدائن للحوالة أو على رفضه إياها .

١١٠٨ – متى يصدر الإقرار من الدائن : وإقرار الدائن للحوالة إرادة منفردة لا تنتج أثرها إلا إذا وصلت إلى علم من توجه إليه ، ويكفى أن يصل الإقرار إلى علم أى من المحال عليه أو المدين الأصلى لينتج أثره . ويصح أن يصدر الإقرار فى أى وقت بعد انعقاد الحوالة ، ولو قبل أن يعلن الدائن بها[٢].

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣١٦ (مطابق) – الليبى م ٣٠٣ (مطابق) – العراق م ٣٤٠ (موافقة) – اللبنانى م ٢٨٧ (موافق) .

(٢) أما فى التقنين المدنى الألمانى ، فقد ورد نص صريح (م ٤١٥ من هذا التقنين) يقضى =

ويجوز لأى من المحال عليه أو المدين الأصلى أن يعلن الحوالة إلى الدائن ويعين له فى الوقت ذاته أجلا معقولا . يقدره هو تحت رقابة قاضى الموضوع ، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يقر الدائن الحوالة اعتبر سكوته رفضا . وعند ذلك يبقى عقد الحوالة قائما فى العلاقة ما بين المدين الأصلى والمحال عليه ، وسيأتى بيان ذلك[١] .

على أن هناك حالة خاصة ورد حكمها فى المادة ٣٢٢ مدنى إذ تقول : « ١ – لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنا رسميا انتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشترى ، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك . ٢ – فإذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين . وسجل عقد البيع . تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقرارا »[٢] . فإذا بيع العقار المرهون رهنا رسميا ، لم ينتقل الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشترى إلا باتفاق خاص بين البائع والمشترى على حوالة الدين . فإذا تم هذا الاتفاق، وسجل عقد البيع ، وأعلن الحوالة أى من البائع أو المشترى إعلانا رسميا للدائن، فإن المادة ٣٢٢ مدنى انحرفت بهذه الحالة الخاصة عن الأحكام التى تقدم ذكرها فى أمرين : (١) تكفلت بتحديد المدة المعقولة وهى ستة أشهر ، ولم تتركها لتقدير أحد طرفى الحوالة . (٢) وجعلت سكوت الدائن إلى ما بعد انقضاء هذه المدة إقرارا للحوالة لا رفضا لها[٣] . ويسوغ هذا الانحراف اعتبارات عملية . فمن المصلحة. بعد أن انتقل العقار المرهون إلى ملك المشترى . وأصبح هذا ملزماً بالدين بحكم ملكيته للعقار باعتباره حائزاً ، أن ينتقل الدين إلى ذمته

= بأن الدائن لا يجوز له أن يقر الحوالة إلا بعد أن يعلن بها . وذلك لكى يبقى زمام الحوالة فى يد المدين الأصلى والمحال عليه ، فيستطيعا أن يعدلا عنها أو يعدلا فيها قبل أن يعلناها للدائن . انظر أيضاً فى معنى التقنين المدنى الألمانى م ٢٨٧/٤ لبنانى .

(١) انظر ما يلى فقرة ١١١٩ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى لا مقابل – الليبى م ٣٠٩ (مطابق) – العراق لا مقابل – اللبنانى لا مقابل .

(٣) وقد يعلن الدائن المرتهن بالحوالة قبل تسجيل عقد البيع ، فيبقى الإعلان صحيحاً ، ولكن لا يسرى ميعاد ستة الأشهر إلا من تاريخ التسجيل .

حتى تتفق مسئوليته الشخصية مع مسئوليته العينية . ومن ثم شجع النص على الوصول إلى هذه النتيجة ، بأن تولى تحديد ميعاد ليس بالطويل ، يكون انقضاؤه مع سكوت الدائن إيذانا بإقرار الحوالة لا برفضها(١) .

١١٠٩ — الأثر الذى يترتب على إقرار الحوالة أو رفضها : ولا شيء يجبر الدائن على إقرار الحوالة مهما يكن المحال عليه مليئا ، حتى لوكان أكثر ملاءة من المدين الأصلى . فليس الدائن ملزما بأن يستبدل بمدينه حتى مدينا أفضل ، فهذا أمر يرجع تقديره إليه هو . فإذا رفض الحوالة ، بقى المدين الأصلى مدينا له كما كان ، ولا يكون المحال عليه مدينا له مباشرة . ولكن الحوالة تبقى قائمة بين المدين الأصلى والمحال عليه على الوجه الذى سنبينه(٢) . ثم إن الدائن ، إذا رفض إقرار الحوالة ، لا يستطيع العودة إلى إقرارها بعد الرفض .

أما إذا أقر الدائن الحوالة ، فإنها تنفذ فى حقه بأثر رجعى يستند إلى وقت انعقاد الحوالة ، لا إلى وقت صدور الإقرار(٣) . وينتقل الدين بالنسبة إليه من المدين الأصلى إلى المحال عليه ، فيصبح هذا هو المدين له . وسنبين ذلك تفصيلا فيما يأتى(٤) .

المبحث الثانى

اتفاق الدائن والمحال عليه

١١١٠ — كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه : تنص المادة ٣٢١ مدنى على أنه « ١ — يجوز أيضاً أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه . ٢ — وتسرى فى هذه

---

(١) ويبدو ، لنفس هذه الاعتبارات ، أن الحكم يسرى أيضاً فى حالة ما إذا كان العقار المبيع مثقلا بتأمين عينى آخر غير الرهن الرسمى ، كحق امتياز أو حق اختصاص أو رهن حيازى .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١١١٩ .

(٣) فينتقل الدين من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه ، وتبرأ ذمة المدين الأصلى ، من وقت انعقاد الحوالة ، لا من وقت صدور الإقرار ، كما سنرى (انظر ما يلى فقرة ١١١٤) .

(٤) انظر ما يلى فقرة ١١١٤ — ١١١٦ .

الحالة أحكام المادتين ٣١٨ و ٣٢٠ »[1]. ويتبين من هذا النص أن هناك صورة ثانية لانعقاد الحوالة ، وهذه الصورة هي اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه، دون حاجة إلى رضاء المدين الأصلي ، لا في انعقاد الحوالة فحسب ، بل أيضا في نفاذها في حق هذا المدين .

وليس للاتفاق شكل خاص . وقد يكون تراضي الطرفين صريحا ، وقد يكون ضمنيا ، كما إذا عرض المحال عليه على الدائن الوفاء بجزء من الدين باعتباره هو المدين وقبل منه الدائن هذا الوفاء دون تحفظ . ويجب أن يقع اتفاق الحوالة على الدين ذاته ، حتى ينتقل الدين بجميع ضماناته وصفاته وبجميع دفوعه إلى المدين الجديد ، وذلك تطبيقاً للمادتين ٣١٨ و ٣٢٠ مدنى التين تسريان في الصورة التي نحن بصددها كما تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ مدنى سالفة الذكر .

ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق متمحضا اتفاقا على الحوالة ، إذ يصح أن يتفق الطرفان ، لا على حوالة الدين ، بل على تجديده ، فينقضي الدين الأصلي ويحل محله دين جديد . كذلك يجب التمييز بين الاتفاق على الحوالة على النحو الذي قدمناه والاتفاق على أن يكون المدين الجديد مضافا إلى المدين الأصلي ، كما في الإنابة في الوفاء .

١١١١ — أثر الاتفاق بالنسبة إلى المدين الأصلي : قدمنا أن هذا الاتفاق لا يقتضي اشتراك المدين الأصلي فيه ولا إقراره له ، فرضاؤه غير ضروري لا لانعقاد الحوالة ولا لنفاذها في حقه . ذلك أنه من القواعد المقررة أنه يجوز لأجنبي أن يفي بالدين دون رضاء المدين (م٣٢٣ مدنى) ، ومتى قبل الدائن الوفاء ، ولو عارض المدين ، انقضى الدين ، وكان للأجنبي الذي وفاه الرجوع على المدين الأصلي بموجب قواعد الإثراء بلا سبب إذا كان الوفاء بغير علمه أو بالرغم من إرادته . ويقاس على الوفاء الحوالة ، والأجنبي هنا — وهو المحال عليه أو المدين الجديد — لم يف بالدين فعلا ، بل اتفق مع الدائن على نقله إلى ذمته . فينتقل الدين بهذا الاتفاق ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣٢١ (مطابق) — الليبي م ٣٠٨ (مطابق) — العراقي م ٣٤١ (موافق) — اللبناني م ٢٨٧/١ (موافق) .

رضى بالحوالة أو لم يرض . علم بها أو لم يعلم . فالاتفاق يسرى فى حقه دون أن يكون طرفا فيه بل دون أن يقره لأنه يتمحض لمصلحته . ومن ذلك نرى أن الحوالة فى هذه الصورة الثانية ، بخلاف الصورة الأولى . تنعقد نافذة فورا فى حق المدين الأصلى بمجرد انعقادها ودون حاجة إلى إقرار هذا المدين .

بيد أن عدم اشتراك المدين الأصلى فى الحوالة يظهر أثره فى أمرين : (الأمر الأول) رجوع المحال عليه على المدين الأصلى بما وفاه للدائن . ففى الصورة الأولى التى تتم برضاء المدين الأصلى بموجب اتفاق بينه وبين المحال عليه ، يحدد هذا الاتفاق كيف يرجع المحال عليه على المدين الأصلى بما يوفيه للدائن على النحو الذى سنبينه فيما يأتى[1] . أما هنا فى الصورة الثانية التى نحن بصددها فالمدين الأصلى لم يتدخل فى الحوالة ، فيكون رجوع المحال عليه بالدين الذى وفاه عنه غير قائم على أى اتفاق بينهما . فلا يبقى إلا أن يرجع عليه بموجب قواعد الإثراء بلا سبب . (والأمر الثانى) ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه . ففى الصورة الأولى التى تتم باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، تقضى المادة ٣١٩ مدنى ، كما سنرى[2] ، بأن يضمن المدين الأصلى يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة . أما فى الصورة الثانية التى نحن بصددها ، حيث لايتدخل المدين الأصلى فى الحوالة ، فلا ضمان عليه[3] .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على حوالة الدين

١١١٢ – علاقات متنوعة : هنا أيضاً ، كما فى حوالة الحق ، إذا انعقدت حوالة الدين تقوم علاقات متنوعة تتناول كلا من الدائن والمدين الأصلى والمحال عليه .

وتختلف حوالة الدين عن حوالة الحق فى أن هذه العلاقات لاتتناول الغير . ذلك أن الغير فى حوالة الحق هو ، كما قدمنا ، كل شخص كسب حقا على

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١١٢٢ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١١١٨ .

(٣) انظر ما يلى فقرة ١١١٨ .

الحق المحال به . كمحال له ثانٍ أودائن حاجز ، ولايتصور « غير » على هذا النحو فى حوالة الدين .

فنستعرض : (١) علاقة الدائن بالمحال عليه . (٢) علاقة الدائن بالمدين الأصلى . (٣) علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه .

المبحث الأول

علاقة الدائن بالمحال عليه

١١١٣ — مسائل ثلاث : نفرض هنا أن الحوالة قد انعقدت ونفذت فى حق الدائن ، إما بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ثم أقرها الدائن[١] كما هو الأمر فى الصورة الأولى . أو بأن تكون قد انعقدت نافذة فورا فى حق الجميع وذلك باتفاق بين الدائن والمحال عليه كما هو الأمر فى الصورة الثانية . فعندئذ ذلك ينتقل الدين من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه . ويحل الثانى محل الأول فى نفس الدين ، بضماناته ، ودفوعه .

فعندنا إذن مسائل ثلاث : (١) حلول المحال عليه محل المدين الأصلى فى نفس الدين . (٢) انتقال الدين بضماناته . (٣) انتقال الدين بدفوعه .

١١١٤ — حلول المحال عليه محل المدين الأصلى فى نفس الدين : ينتقل الدين نفسه من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه . فيحل المحال عليه محل المدين الأصلى فى هذا الدين[٢] . وينتقل الدين بصفاته . فإذا كان معلقاً على شرط أومضافا إلى أجل أوكان دينا تجاريا أومنتجا لفوائد أومقترنا بسند تنفيذى . انتقل على هذا الوصف إلى ذمة المحال عليه[٣] . ويترتب على ذلك

---

(١) أما قبل إقرار الدائن . فقد قدمنا أن الحوالة لا تكون نافذة فى حقه ، ويكون المحال عليه أجنبيا بالنسبة إليه ، ويبقى المدين الأصلى هوالمدين تجاه الدائن .

(٢) وللدائن أن يستوفى الدين من المحال عليه بأى سبب من أسباب الاستيفاء : بالوفاء ، أو بالمقاصة ولونشأ الدين الجديد فى ذمة الدائن نحوالمحال عليه فى الفترة ما بين انعقاد الحوالة وإقرار الدائن لها . أو بالتجديد . أو باتحاد الذمة . أو بالإبراء ، أو بغير ذلك .

(٣) وإذا كان قد بدأ سريان التقادم ضده ، انتقل والتقادم مستمر فى سريانه إلى أن يتكامل . أو إلى أن يوقف تكامله وقف أو انقطاع .

أن ذمة المدين الأصلى تبرأ من الدين ، فلو أعسر المحال عليه ولم يستطع الدائن أن يستوفى منه الدين . لم يرجع الدائن على المدين الأصلى بالضمان مادام إعسار المحال عليه كان لاحقا لرضاء الدائن بالحوالة أو إقراره لها .

وانتقال الدين إلى ذمة المحال عليه وما يترتب على ذلك من براءة ذمة المدين الأصلى يكون من وقت انعقاد الحوالة فى كل من صورتيها . ذلك أن الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه فإنها تنعقد نافذة مباشرة فى حق الدائن ، فينتقل الدين وتبرأ ذمة المدين الأصلى من ذلك الوقت . وإذا هى انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه فإنها لاتصبح نافذة فى حق الدائن إلا بإقراره لها كما قدمنا ، ولكن هذا الإقرار ينسحب أثره إلى وقت انعقاد الحوالة كما سبق القول[1] ، فيستند انتقال الدين وبراءة ذمة المدين الأصلى منه فى هذه الصورة أيضاً إلى وقت انعقاد الحوالة .

١١١٥ – انتقال الدين إلى المحال عليه بضماناته : تنص المادة ٣١٨ مدنى على أن « ١ – تبقى للدين المحال به ضماناته . ٢ – ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينيا كان أو شخصيا ، ملتزما قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة[2] » . فإذا كان المدين الأصلى قد قدم ضمانا عينيا للدين ، رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو يكون الدين مضمونا بحق امتياز أو حق اختصاص يثقل عينا مملوكة للمدين ، بقيت هذه الضمانات العينية قائمة لضمان الدين بعد انتقاله إلى ذمة المحال عليه . ويصبح المدين الأصلى فى هذه الحالة بمثابة كفيل عينى . فإن ذمته قد برئت من الدين بموجب الحوالة ولكن ماله بقى مرهونا لضمان الدين . ويستوى فى ذلك أن تكون الحوالة قد وقعت باتفاق المدين الأصلى مع المحال عليه وإقرار الدائن أو وقعت باتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه .

وقد يكون الدين المحال به مكفولا بشخص غير المدين الأصلى كفالة شخصية أو كفالة عينية ، بأن يكون للمدين الأصلى كفيل شخصى أو كفيل عينى . فلا يبقى الكفيل ، شخصيا كان أو عينيا ، ملتزما قبل الدائن بالحوالة . إلا إذا رضى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٠٩ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣١٨ (مطابق) – الليبى م ٣٠٥ (مطابق) – العراقى م ٣٤٨ (موافق) – اللبنانى م ٢٨٨ (موافق) .

ذلك أن الكفيل ، ولوكان كفيلا عينيا ، إنما رضى بكفالة المدين الأصلى بالذات . فإذا تحول الدين إلى ذمة المحال عليه وجب أن يرضى الكفيل بالحوالة حتى يمكن اعتباره كفيلا لشخص غير المدين الأصلى الذى رضى أن يكفله[1].

١١١٦ — انتقال الدين إلى المحال عليه بدفوعه : تنص المادة ٣٢٠ مدنى على ما يأتى : « للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة »[2]. ذلك أن الدين الذى انتقل إلى ذمة المحال عليه هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين الأصلى . فجميع الدفوع التى كان المدين الأصلى يستطيع أن يدفع بها هذا الدين يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها قبل الدائن . فإذا كان الدين ناشئاً من عقد باطل أو من عقد قابل للإبطال ، استطاع المحال عليه أن يدفع بذلك[3]. وإذا كان الدين المحال به ثمنا فى عقد بيع تم بين الدائن والمدين الأصلى ، ثم لم يسلم الدائن المبيع إلى المدين الأصلى ، فإن هذا المدين كان له لو بقى الثمن فى ذمته أن يدفع بفسخ البيع ، فكذلك يستطيع المحال عليه أن يطالب بفسخ البيع مكانه . وقد يكون الدين انقضى بالوفاء ، ويتحقق ذلك فى صورة ما إذا كانت الحوالة قد تمت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل

---

(١) ويستوى فى ذلك أن يكون الكفيل متمتعاً بحق تجريد المدين الأصلى أو محروماً من هذا الحق ، وأن يكون غير متضامن مع المدين الأصلى أو متضامنا معه . ولا يعترض على ذلك بأن الكفيل ، فى حالتى الحرمان من حق التجريد والتضامن ، يمكن الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين الأصلى ، فلم يعد يعنيه شخص هذا المدين مادام الدائن يستطيع أن يتخطاه وأن يرجع على الكفيل أولا . فإن هذا الاعتراض يمكن دفعه بأن الكفيل ، حتى إذا جاز الرجوع عليه أولا ، لا يزال معتمداً على شخص المدين الأصلى ، لأنه إن دفع الدين كان له الرجوع على هذا المدين ، فيبقى شخصه هاما بالنسبة إليه ، لا يجوز أن يتغير عليه عن طريق الحوالة إلا إذا رضى بذلك .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٢٠ (مطابق) — الليبى م ٣٠٧ (مطابق) — العراقى م ٣٤٩ (موافق) — اللبنانى م ٢٨٩ (موافق) .

(٣) لوكان وجه البطلان نقصا فى أهلية المدين الأصلى ، وانعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، فقد يعتبر انعقادها برضاء المدين الأصلى إجازة للبطلان المستمد من نقص الأهلية . أما إذا تمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلى ، فما لم يكن المحال عليه وقت الحوالة عالما بنقص الأهلية حيث يمكن القول بأنه قد نزل بقبوله الحوالة عن التمسك بهذا الدفع ، فإنه يبدو أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك قبل الدائن بنقص أهلية المدين الأصلى ، وإن كان هناك رأى يذهب إلى أن الدفع بنقص الأهلية خاص بشخص المدين الأصلى فلا يجوز للمحال عليه أن يتمسك به فى أية حال .

المدين الأصلي ويكون هذا قد وفى بالدين . فيجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بانقضاء الدين بالوفاء . ومثل الوفاء التجديد والإبراء والتقادم[١] .

كذلك يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بجميع الدفوع المستمدة من عقد الحوالة . ذلك أن الحوالة ، كما رأينا ، إما أن تتم باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، أو تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه . فإن تمت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ثم أقرها الدائن ، فإن حق الدائن في مطالبة المحال عليه بالدين مستمد من هذا الاتفاق الذى أقره ، فإن كان للمحال عليه دفع مستمد من هذا الاتفاق فمن حقه أن يتمسك به قبل الدائن . مثل ذلك أن يدفع المحال عليه ببطلان الحوالة لانعدام التراضي ، أو لعدم مشروعية المحل بأن كان الدين المحال به دين قمار مثلا ، أو لعدم مشروعية السبب بأن قبل الحوالة مثلا لاستدامة علاقة جنسية غير مشروعة . ومثل ذلك أيضاً أن يطالب المحال عليه بإبطال الحوالة لنقص في أهليته أو لعيب وقع في إرادته ، أو أن يطالب بانعدام الحوالة إذا كانت معلقة على شرط فاسخ تحقق أو شرط واقف لم يتحقق . وإن تمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فمن باب أولى يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن — الذى كان طرفا في العقد — بجميع العيوب التي تلحق هذا الاتفاق من تراض معدوم ، أو محل غير مشروع ، أو نقص في الأهلية ، أو عيب في الإرادة ، أو تحقق شرط فاسخ ، أو عدم تحقق شرط واقف[٢] .

---

(١) أما المقاصة التي تكون بين الدين المحال به ودين للمدين الأصلي في ذمة الدائن ، فإن كان المدين الأصلي هو الذى عقد الحوالة مع المحال عليه ، فهذا دليل على أنه لا يريد التمسك بالمقاصة فحول الدين الذى في ذمته إلى المحال عليه ليطالب بالدين الذى له في ذمة الدائن . فلا يجوز في هذه الصورة أن يتمسك المحال عليه بالمقاصة بعد أن نزل عنها المدين الأصلي . أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه قبل أن يتمسك المدين الأصلي بالمقاصة . فيبدو أن المحال عليه يستطيع في هذه الصورة أن يتمسك بالمقاصة كما يستطيع المدين الأصلي أن يتمسك بها ، إذ أن كلا منهما له مصلحة في ذلك . وهذا ما لم يكن المحال عليه يعلم بسبب المقاصة وقت أن قبل الحوالة ، فقد يستخلص من هذا العلم أنه نزل بذلك عن التمسك بالمقاصة . ولكن هذا لا يمنع المدين الأصلي من التمسك بها ، فإذا ما فعل أمكن المحال عليه بعد ذلك أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة .

وغنى عن البيان أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك قبل الدائن بمقاصة وقعت بين الدين المحال به ودين له هو في ذمة الدائن .

(٢) ويحدث أن يكون سبب الحوالة موجوداً في العلاقة التي تقوم ما بين المدين الأصلي والمحال =

المبحث الثانى

علاقة الدائن بالمدين الأصلى

١١١٧ — براءة ذمة المدين الأصلى نحو الدائن : من وقت صيرورة الحوالة نافذة فى حق الدائن — سواء تمت الحوالة مباشرة بينه وبين المحال عليه أو تمت بين المدين الأصلى والمحال عليه وأقرها الدائن — تبرأ ذمة المدين الأصلى ، فلا يستطيع الدائن أن يطالبه بالدين المحال به . ولا يطالب بهذا الدين إلا المحال عليه الذى انتقل الدين إلى ذمته .

١١١٨ — ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه : تنص المادة ٣١٩ مدنى على أن « يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك »[١] . وهنا يجب التمييز بين صورتى الحوالة . فإن انعقدت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه مباشرة دون تدخل المدين الأصلى ، فإن المدين الأصلى لا يضمن للدائن شيئا . إذ الدائن هو الذى عقد الحوالة مباشرة مع المحال عليه فعليه أن يتحمل إعساره . وتبرأ

= عليه ، كأن يبيع شخص لآخر عقاراً مرهونا رهنا رسميا ، وفى عقد البيع ذاته يحول إلى المشترى الدين المضمون بالرهن حتى ينتقل إليه مع العقار المرهون . فالمحال عليه هو المشترى ، وعلاقته بالمدين الأصلى وهو البائع ترجع إلى عقد البيع فلولا البيع لما كانت الحوالة . فإذا فرضنا أن البيع قد فسخ لسبب يقتضى الفسخ ، فهل يستطيع المشترى المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بفسخ البيع فيمتنع عن دفع الدين المحال به ، الذى ما كان ليقبل نقله إلى ذمته لولا أنه اشترى العقار المرهون؟ إذا رجعنا إلى القواعد العامة فى نظرية السبب ، رأينا أن سبب الحوالة هنا ، أى الباعث الذى دفع المحال عليه إلى قبول الحوالة ، هو شراؤه للعقار المرهون . فإذا كان الدائن يعلم بهذا السبب ، وفسخ بيع العقار ، انعدم السبب وبطلت الحوالة وتمسك المشترى ببطلانها قبل الدائن . أما إذا كان الدائن لا يعلم بالسبب ، فإنه لا يجوز للمشترى أن يتمسك بفسخ بيع العقار فى مواجهته .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣١٩ (مطابق) — الليبى م ٣٠٦ (مطابق) — العراقى م ٣٥٧ (يبدو أن المدين الأصلى لا يضمن فى التقنين العراقى يسار المحال عليه إلا إذا اشترط عليه الدائن خيار الرجوع) — اللبنانى لا مقابل (فلا يضمن المدين الأصلى فى التقنين اللبنانى يسار المحال عليه إلا باتفاق خاص) .

ذمة المدين الأصلى من الدين . بالرغم من عدم ضمانه ليسار المحال عليه . أما إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه وأقرها الدائن ، فى هذه الصورة يكون المدين الأصلى هو الذى اختار المدين الجديد ودعا الدائن إلى إقرار الحوالة . فافترض القانون أن المدين الأصلى قد أخذ على نفسه فى هذه الحالة أن يضمن للدائن يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة[١]. فإذا كان الدين المحال به وقت إقرار الدائن للحوالة حال الأداء ، فعلى الدائن أن يبادر إلى استيفائه . فإن وجد المحال عليه معسراً رجع بالضمان على المدين الأصلى . ويلاحظ أن الضمان غير الدين المحال به فهو دين جديد نشأ من عقد الحوالة ذاته . أما إذا تراخى الدائن فى مطالبة المحال عليه حتى أعسر . فإن المدين الأصلى لا يكون مسئولا عن الضمان ما دام المحال عليه كان موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة . بقيت حالة ما إذا كان الدين المحال به غير حال الأداء وقت إقرار الدائن للحوالة . وكان المحال عليه فى هذا الوقت موسراً ثم أعسر عند حلول الدين . فى هذه الحالة لا يكون المدين الأصلى مسئولا ، فإن الضمان يقتصر كما قدمنا على ضمان اليسار وقت إقرار الدائن للحوالة[٢].

المبحث الثالث

علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه

§ ١ – الحوالة غير نافذة فى حق الدائن

١١١٩ – الاتفاق على الحوالة يلزم المحال عليه نحو المدين الأصلى : نفرض هنا أن الحوالة قد انعقدت ولم تنفذ فى حق الدائن . بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه . ولم يصدر إقرار لها من الدائن

---

(١) انظر آنفاً ١١١١ .

(٢) ويجوز ، باتفاق خاص بين المدين الأصلى والدائن ، أن يخلى المدين الأصلى نفسه من هذا الضمان . كما يجوز أن يشدد على نفسه الضمان ، بأن يضمن مثلا يسار المحال عليه ، لا وقت إقرار الدائن للحوالة فحسب ، بل أيضا وقت حلول الدين المحال به ، فيكون فى هذه الحالة بالنسبة إلى المحال عليه فى موقف يشبه موقف الكفيل .

أو صدر رفض منه لها . وتنص المادة ٣١٧ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ – مادام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقراراً أو رفضا . كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلى بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب . ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة . ٢ – على أنه لا يجوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن . مادام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة »[1]. فقبل أن يصدر الدائن إقراره للاتفاق على الحوالة . يكون هذا الاتفاق ملزما للمحال عليه نحو المدين الأصلى . فيلتزم الأول نحو الثانى بتخليص ذمته من الدين عند حلوله أو عند المطالبة به . وهذا التزام بعمل . وقيام المحال عليه بهذا الالتزام يكون عادة بوفائه الدين للدائن . ويجوز أن يسلم المحال عليه مقدار الدين للمدين الأصلى ليقوم هذا بنفسه بالوفاء لدائنه[2]. وهذا الالتزام يبقى قائما حتى لو رفض الدائن إقرار الحوالة . فيبقى المحال عليه ملتزما نحو المدين الأصلى بأن يخلصه من مطالبة الدائن . وله فى الوفاء بالتزامه هذا إما أن يفى بالدين فعلا للدائن – وليس الدائن أن يرفض قبول الوفاء فهو مجبر على قبوله ولو من أجنبى – أو أن يعطى للمدين الأصلى مقدار الدين لدفعه للدائن[3] .

وقد يقال . بعد تحليلنا للاتفاق الذى يتم على الحوالة بين المدين الأصلى والمحال عليه على النحو الذى قدمناه . إن هذا الاتفاق فيه اشتراط لمصلحة الغير . فقد اشترط المدين الأصلى على المحال عليه لمصلحة الدائن أن يفى له بالدين المحال به . ومن ثم يتولد من هذا الاتفاق حق مباشر للدائن يصبح بإقراره غير قابل للنقض . ولكن هذا التكييف غير صحيح من وجهين : (١) لم

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣١٧ (مطابق) – الليبى م ٣٠٤ (مطابق) – العراقى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) – اللبنانى لا مقابل (وانظر م ٢٨٧ لبنانى وتقضى بأنه إذا لم يجز الدائن الحوالة بطلت ، ويفهم من ذلك أن الحوالة لا يترتب عليها أثر إذا لم يقرها الدائن) .

(٢) فإذا لم يقم المحال عليه بالتزامه ، رجع عليه المدين الأصلى بالتعويض ، لا بالدين المحال به ذاته .

(٣) ويستطيع المدين الأصلى والمحال عليه أن يتفقا فى عقد الحوالة على غير ذلك ، كأن يتفقا على أنه إذا لم يقر الدائن الحوالة فإنها تسقط ، ولا يكون المحال عليه ملزما لا نحو الدائن ولا نحو المدين الأصلى .

يشترط المدين الأصلي على المحال عليه أن يفي بالدين المحال به لمصلحة الدائن . بل لمصلحته هو . (٢) فإذا ما أقر الدائن الحوالة انتقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه وأصبح للدائن مدين واحد هو المحال عليه . أما لو كان المدين الأصلي قد اشترط لمصلحة دائنه وأقر الدائن هذا الاشتراط فإنه يستبقي المدين الأصلي ويضيف إليه المحال عليه مدينا آخر بنفس الدين[١] .

١١٢٠ — الاتفاق على الحوالة كل لا يقبل التجزئة — عدم الوفاء بالتزام يستتبع عدم الوفاء بالالتزام المقابل : وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣١٧ مدني تنص على ما يأتي : « على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن . ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة » . فالاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه قد يكون اتفاقا ملزما للجانبين . مثل ذلك أن يبيع المدين الأصلي للمحال عليه دارا . وفي مقابل ثمنها يتحمل المحال عليه بدين في ذمة البائع . فإذا لم يقم البائع بتسليم الدار إلى المحال عليه أو بنقل ملكيتها إليه . لم يكن له أن يطالب المحال عليه بوفاء الدين المحال به للدائن . مادام هو — أي البائع — لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه[٢] .

---

(١) وفي التقنين المدني الألماني تصوير في حوالة الدين يقرب من ذلك . فإن الاتفاق على الحوالة الذي يتم بين المدين الأصلي والمحال عليه يعتبره التقنين المدني الألماني مشتملا على عقدين : (أ) عقد منشئ لالتزامات شخصية . فالمحال عليه قد التزم نحو المدين الأصلي بأن يخلص ذمته من الدين المحال به . (ب) وعقد ناقل للدين . وهو عقد مجرد (abstrait) قد نقل الدين . في العلاقة فيما بين المدين الأصلي والمحال عليه . من الأول إلى الثاني . دون اعتداد بسبب هذا العقد إذ هو عقد مجرد كما سبق القول . فإذا ما أقر الدائن هذا العقد الناقل للدين . أصبح انتقال الدين نافذاً في حقه . لا من وقت الإقرار فحسب . بل مستنداً بأثر رجعي إلى وقت قيام العقد . وإذا لم يقر الدائن العقد الناقل للدين . بطل هذا العقد وحده . وبقي العقد الأول المنشئ لالتزامات شخصية قائماً بين المدين الأصلي والمحال عليه .

(٢) ويلاحظ أن ما قدمناه لا يسري فحسب في علاقة المحال عليه بالمدين الأصلي . بل هو يسري أيضاً في علاقة المحال عليه بالدائن فيما إذا أقر الدائن الحوالة . فقد رأينا أنه يجوز للمحال عليه أن يحتج على الدائن بالدفوع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الأصلي إذا كان الدائن عالما بهذه العلاقة وبما يرد عليها من الدفوع . وفقاً للقواعد العامة في نظرية السبب . ففي المثل المتقدم إذا طالب الدائن المحال عليه بالدين المحال به بعد إقراره للحوالة . وكان يعلم أن المحال عليه إنما التزم بالحوالة =

١١٢١ — الاتفاق على الحوالة قابل للتعديل فيه وللعدول عنه : وإذا كان الاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه ملزماً للمحال عليه على النحو الذي قدمناه . فإنه من جهة أخرى قابل للتعديل فيه أو للعدول عنه ، ولكن ذلك لا يكون بإرادة المحال عليه وحدها . وإنما يكون باتفاق جديد بينه وبين المدين الأصلي . وكل هذا جائز إلى أن يقر الدائن الحوالة ، فإذا ما أقرها تعلق حقه بها . ولم يعد يجوز حتى باتفاق المدين الأصلي والمحال عليه التعديل أو العدول ، وينتقل الدين نهائياً إلى ذمة المحال عليه بالنسبة إلى الدائن ، ويستند هذا الانتقال إلى وقت الاتفاق على الحوالة .

§ ٢ – الحوالة نافذة فى حق الدائن

١١٢٢ — يعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الحوالة : فإذا ما نفذت الحوالة فى حق الدائن ، إما بإقرار الدائن للاتفاق الذى تم بين المدين الأصلي والمحال عليه أو بإبرام الحوالة رأساً بين الدائن والمحال عليه ، فقد برئت ذمة المدين الأصلي من الدين كما سبق القول . ويترتب على ذلك أن المدين الأصلي يكون قد أفاد من الحوالة بمقدار الدين المحال به ، فكأن المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الدين المحال به منذ أن أصبح هو ملزماً بهذا الدين نحو الدائن ، وذلك دون حاجة إلى أن يفى فعلا بهذا الدين .

وقد يكون المحال عليه ، فى تأديته للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الدين المحال به ، قد قصد أن يؤدى هذه القيمة على سبيل القرض . فى هذه الحالة يرجع على المدين الأصلي بما أقرضه إياه . وقد يكون قاصداً أن يفى للمدين الأصلي بدين ترتب فى ذمته قبله كثمن لم يتم أداؤه . فى هذه الحالة تبرأ ذمة المحال عليه من الثمن بمجرد قيام الدين المحال به فى ذمته للدائن وقبل الوفاء فعلا

= فى مقابل الدار التى اشتراها من المدين الأصلي ، جاز للمحال عليه أن يمتنع عن الوفاء مادام المدين الأصلي لم يسلم له الدار التى باعها إياه والتى كان ثمنها هو السبب فى الحوالة (انظر آنفاً فقرة ١١١٦ فى الهامش) .

أما فى التصوير الفنى الألمانى على ما قدمنا ، فعقد الحوالة الذى يقره الدائن عقد مجرد ، فلا يجوز للمحال عليه أن يحتج على الدائن بالدفوع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الأصلي .

بهذا الدين . وقد يكون قاصداً أن يتبرع للمدين الأصلى بقيمة الدين الذى حمل عنه به . ففى هذه الحالة تكون العلاقة بينهما علاقة تبرع تطبق فى خصوصها القواعد العامة فى التبرع . والأمر بعد متعلق بنية الطرفين . فقد تنصرف هذه النية إلى خلاف ما قدمناه . وقد يشترط المحال عليه الرجوع على المدين الأصلى بما التزم به نحو الدائن ولو قبل الوفاء للدائن . بل ولو كان فى ذمته للمدين الأصلى دين يصلح للمقاصة[1] . وقد لا يكون هناك أى اتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه . كما إذا كانت الحوالة قد تمت باتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلى ، وفى هذه الحالة يرجع المحال عليه على المدين بموجب قواعد الإثراء بلا سبب[2] .

١١٢٣ — حالة إبطال الحوالة : فإذا عرض للحوالة ما يبطلها . سواء كانت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه وأقرها الدائن أو كانت باتفاق بين الدائن والمحال عليه . فإن التزام المحال عليه بالدين المحال به نحو الدائن يزول بزوال الحوالة ، ويعود الدين إلى ذمة المدين الأصلى بجميع توابعه . ويقتضى الدائن من المحال عليه أو من المدين الأصلى تعويضاً فى مقابل ما لحقه من الضرر ، ما لم يثبت المحال عليه أو المدين الأصلى أنه لا يد له فى بطلان الحوالة .

ومتى أبطلت الحوالة ، وعاد الدين المحال به إلى ذمة المدين الأصلى كما قدمنا ، لم يعد للمحال عليه رجوع على المدين الأصلى ، فقد كان حقه فى الرجوع قائماً على أساس التزامه بالدين المحال به نحو الدائن . وقد زال هذا الالتزام ببطلان الحوالة ، فزال تبعا لذلك حقه فى الرجوع .

---

(١) وإذا فرض أن المحال عليه كان فى ذمته دين للمدين الأصلى ، وقد تمت الحوالة على أساس أن يؤدى المحال عليه الدين المحال به من الدين الذى فى ذمته للمدين الأصلى – وهذا ما يعرف فى الفقه الإسلامى بالحوالة المقيدة – فإن القواعد العامة تقضى فى هذه الحالة أنه بمجرد أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الدائن ويصبح المحال عليه ملتزما نحوه بالدين المحال به ، فإن المحال عليه يكون قد أدى للمدين الأصلى التزاما بقيمة هذا الدين ، أى يكون قد أدى الدين الذى تقيدت به الحوالة . فتبرأ ذمته نحو المدين الأصلى ، كما تبرأ ذمة المدين الأصلى من الدين المحال به نحو الدائن . ولو أعسر المدين الأصلى قبل أداء المحال عليه الدين المحال به للدائن ، فليس لدائنى المدين الأصلى أن يشاركوا الدائن فى الدين الذى تقيدت به الحوالة (انظر نظير ذلك مقابل الوفاء فى الكمبيالة : م ١١٤ تجارى) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١١١١ .

الباب الخامس

انقضاء الالتزام

(L'extinction des obligations)

تمهيد

تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيم هذه الأسباب

١١٢٤ – تحديد أسباب انقضاء الالتزام : الحق الشخصي ، أي الالتزام . مصيره حتما إلى الزوال . فلا يجوز أن يبقى المدين ملتزما للدائن إلى الأبد فإن ذلك يتعارض مع الحرية الشخصية[1] . ومن ثم كانت نظرية أسباب انقضاء الالتزام كبيرة الأهمية . على عكس نظرية انقضاء الحقوق العينية [2] .

وقد عدد التقنين المدني أسباب انقضاء الالتزام ثمانية : (١) الوفاء . (٢) الوفاء بمقابل . (٣) التجديد . (٤) المقاصة . (٥) اتحاد الذمة . (٦) الإبراء . (٧) استحالة التنفيذ . (٨) التقادم المسقط .

١١٢٥ – طريقتاله لتقسيم أسباب انقضاء الالتزام : ويمكن تقسيم هذه الأسباب تقسيما علميا ، وهو نفس التقسيم العلمي لمصادر الالتزام . فتنقسم أسباب الانقضاء ، كما تنقسم المصادر ، إلى التصرف القانوني **(acte juridique)**

---

(١) وهذا بخلاف الحق العيني فليس فيه مدين بالذات يلتزم لصاحب الحق ، بل هو سلطة لشخص على حق معين .

(٢) أما نظرية أسباب كسب الحقوق العينية فهي ، كنظرية مصادر الالتزام ، لها المكان الأول من الأهمية .

والواقعة المادية (fait matériel) . فأسباب انقضاء الالتزام التي تعتبر تصرفا قانونيا هي : (١) الوفاء . وهو واقعة مختلطة (fait mixte) . إذ هو مزيج من تصرف قانوني وعمل مادي ولكن التصرف القانوني هو الغالب . (٢) الوفاء بمقابل . وهو جمع بين التجديد والوفاء كما سنرى . (٣) التجديد . إذ هو اتفاق بين أطراف متعددين كما سنرى . (٤) الإبراء . إذ هو إرادة منفردة . وقد كان اتفاقا في التقنين المدني السابق . وأسباب الانقضاء التي تعتبر واقعة مادية هي : (١) اتحاد الذمة . ويتلخص في واقعة اجتماع صفتي المدين والدائن في شخص واحد . (٢) استحالة التنفيذ . فالسبب الأجنبي الذي يجعل الالتزام ينقضي هو واقعة مادية لا تنسب إلى خطأ المدين . (٣) التقادم المسقط وهو واقعة مادية هي انقضاء زمن معين . (٤) المقاصة . إذ هي تقابل بين دينين من نوع واحد بشروط معينة . وتقترن هذه الواقعة المادية بتصرف قانوني هو إعلان أحد طرفي المقاصة لإرادته في التمسك بها . فالمقاصة إذن واقعة مركبة (fait complexe) كالشفعة في أسباب كسب الملكية . وهذا التقسيم العلمي يعين على تفهم حقيقة علمية . هي أن جميع مصادر الحقوق وأسباب انقضائها تنحصر في التصرف القانوني والواقعة المادية . ولكن نظرية التصرف القانوني والواقعة المادية لم تجاوز بعد مراحلها الأولى في الفقه . ولم يحن الوقت لاتخاذ هذا التقسيم أساسا لبحث الموضوع [١] .

ونؤثر اتخاذ التقسيم العملي الذي اتبعه التقنين المدني أساسا للبحث . فقد قسم أسباب الانقضاء أقساما ثلاثة : (القسم الأول) ويتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا . وهذا القسم لا يشمل إلا الوفاء . وهو الطريق المألوف لقضاء الدين . وما عداه ليس أصلا مثله . بل بديلا عنه . (القسم الثاني) ويتضمن انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء . ويشمل : (١) الوفاء بمقابل . فهو يقضي

---

(١) والجمع بين أسباب الانقضاء التي هي تصرف قانوني في جهة . وبين أسباب الانقضاء التي هي واقعة مادية في جهة أخرى ، أهميته محدودة . ويمكن القول بوجه عام إن الأسباب التي هي تصرفات قانونية تشترك جميعا في أنها تعبير عن الإرادة يقتضي أن تتوافر أهلية معينة ، وأن يكون خاليا من عيوب الإرادة ، وأن يكون له محل وسبب . ولا كذلك الأسباب التي هي وقائع مادية ، فهذه لا تخضع لنظرية التصرف القانوني . إذ هي مجرد وقائع مادية لا تقتضي أهلية معينة ، ولا تدخلها عيوب الإرادة ، ولا أهمية فيها للمحل ، ولا يقوم بها سبب .

الالتزام لا بالوفاء عينا بل بمقابل . (٢) التجديد . فهو يقضى التزاما قديما بالتزام جديد . (٣) المقاصة . فهى تقضى التزاما بالتزام يقابله . (٤) اتحاد الذمة . فهو يقضى الالتزام عن طريق أن يصبح المدين دائنا بنفس الدين . (القسم الثالث) ويتضمن انقضاء الالتزام دون وفاء . أى دون أن يوفى به لا عينا ولا بما يعادل الوفاء . ويشمل : (١) الإبراء . إذ ينزل الدائن عن حقه دون مقابل . (٢) استحالة التنفيذ بسبب أجنبي . إذ يقضى السبب الأجنبي الالتزام دون تعويض أوأى مقابل آخر . (٣) التقادم المسقط . إذ ينقضى الالتزام بمضى مدة معينة دون أن ينفذ لا عينا ولا بما يعادل الوفاء .

ونتناول في فصول ثلاثة هذه الأقسام الثلاثة لأسباب انقضاء الالتزام .

الفصل الأول

انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا

الوفاء(*)

(Le paiement)

١١٢٦ – *التكييف القانونى للوفاء* : الوفاء واقعة مختلطة (fait mixte)، كما قدمنا . فهو يجمع بين التنفيذ المادى للالتزام كتسليم مبلغ من النقود أو إقامة بناء أو الامتناع عن المنافسة . وبين الاتفاق على قضاء الدين والاتفاق تصرف قانونى . ولكن الوفاء . وإن كان واقعة مختلطة ، يغلب فيه عنصر

(*) مراجع : چونسكو (Jonesco) رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٧ – لاباتى Labat u) رسالة من تولوزسنة ١٩٢٧ – ميلوياك (Miloac) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ – ديڤو (Deveau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ – بانزييه (Pansier) رسالة من مونپلييه سنة ١٩٣٧ – سارة كاريه (Sarah Carré) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – رولان تكسييه (Roland Texier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – لورين (Lauraine) رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ .

التصرف القانونى . ولذلك يلحق عادة بالتصرفات القانونية . وقد يكون من الممكن أن نكيفه بأنه تصرف قانونى عينى (acte juridique réel) . إذ هو تصرف لا يتم إلا بعمل مادى هو التنفيذ[1]. ونخلص من هذا التكييف أمران: (١) أن الوفاء اتفاق . (٢) وأنه اتفاق على قضاء الدين .

١١٢٧ – الوفاء اتفاق : مادام الوفاء اتفاقا (convention) بين الموفى والموفى له . فهو إذن تصرف قانونى (acte juridique) تجرى عليه من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية . فلابد فيه من التراضى . ويغلب أن يكون التنفيذ المادى للالتزام هو نفسه تراض ضمنى . فتسليم الموفى الشيء الذى التزم به هو الإيجاب وتسلم الموفى له هذا الشيء على أنه وفاء للدين هو القبول . ويشترط فى هذا التراضى أن يكون صادرا من ذى أهلية . وأن يكون خاليا من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه[2]. كذلك يجب أن يكون للوفاء محل وسبب . فمحل الوفاء هو نفس محل الدين الذى يوفى به . وسبب الوفاء هو قضاء الدين وهذا هو الباعث الرئيسى لهذا التصرف القانونى[3] .

---

(١) والوفاء والتنفيذ العينى للالتزام هما فى الواقع شيء واحد . وقد عمدت بعض التقنينات الحديثة ، كتقنين الالتزامات السويسرى وتقنين الالتزامات البولونى ، إلى عدم الفصل بينهما وإدماجهما فى مكان واحد . ولكن جرت التقاليد على أن يقسم هذا الموضوع قسمين : فما يتعلق بكيفية التنفيذ العينى يذكر فى آثار الالتزام ، وما يتعلق بالتنفيذ باعتباره سبباً لانقضاء الالتزام – ويتناول ذلك تعيين من يقوم بالوفاء ولمن يكون الوفاء وما هو محل الوفاء – يذكر فى أسباب انقضاء الالتزام . وقد نزل التقنين المدنى المصرى على هذه التقاليد .

(٢) استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١ – فإذا دخل الوفاء شيء من ذلك كان قابلا للإبطال . ومن ثم فإن الموفى إذا وقع فى غلط واعتقد بحسن نية أنه يوفى دينا عليه ولا دين ، فإنه يستطيع استرداد ما وفى به عن طريق إبطال هذا التصرف القانونى المشوب بالغلط وهو الوفاء ، وهذا هو المبدأ المعروف باسترداد غير المستحق يقوم على هذا الأساس . كذلك الأمر لو أكره الموفى على وفاء دين انقضى ، ثم وجد فى أوراقه المخالصة التى تثبت أنه هو أو مورثه قد وفى بالدين . فإنه يستطيع هنا أيضاً استرداد غير المستحق عن طريق إبطال الوفاء المشوب بالإكراه (استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥١ – ١١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٨٤) .

(٣) فإذا كان الدين غير مشروع ووفاه المدين ، فإن سبب الوفاء يكون هنا غير مشروع ، ومن ثم يقع باطلا . ويجوز للموفى أن يسترد ما دفعه .

وإثبات الوفاء يقع عبؤه على المدين . ويثبت بالطرق التي يثبت بها قيام الالتزام . فلابد من الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما زادت قيمته على عشرة جنيهات ؛ وإلا جازت البينة والقرائن . وقد ورد نص خاص في إثبات الوفاء هو المادة ٣٤٩ مدنى . وتجرى على الوجه الآتى : « ١ — لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه ، مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء . فإذا وفى الدين كله ، كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغاءه . فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند . ٢ — فإذا رفض الدائن القيام بما فرضت عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعا قضائيا »(١). ولا نعيد هنا ما قدمناه في إثبات الوفاء بالالتزام من جواز إثبات الوفاء بمخالصة مكتوبة . ومن أن المخالصة يجوز أن تسرى في حق الغير ولو لم تكن ثابتة التاريخ (م ٢/٣٩٥ مدنى) . كذلك نشير إلى ما قدمناه في باب الإثبات من أن الدفاتر والأوراق المنزلية تكون حجة على من صدرت منه إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا (م٣٩٨ بند ١ مدنى) . وإلى أن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته . وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين (م٣٩٩ مدنى) . على أن نص المادة ٣٤٩ مدنى السالف الذكر يضيف شيئا جديدا إلى ما سبق أن ذكرناه . فالأصل أن المدين إذا وفى بالدين أو بجزء منه ، فمن حقه أن يحصل من دائنه على دليل لإثبات هذا الوفاء . فإذا كان القانون يتطلب سنداً مكتوبا ، كان من حق المدين أن يطلب من دائنه مخالصة مكتوبة . وهذا هو الدليل المألوف لإثبات الوفاء الكلى أو الجزئى . إلا أن المادة ٣٤٩ مدنى أضافت إلى ذلك أن من حق المدين أيضاً ، بالإضافة إلى هذه المخالصة ، أن يطلب من الدائن رد السند الأصلى للدين أو إعدام هذا السند أو إلغاءه إذا كان

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٤٧ (مطابق) — الليبى م٣٣٦ (مطابق) — العراقى لا مقابل (ولكن الحكم لا يخالف القواعد العامة) — اللبنانى م ٣٠٦(موافق) .

الوفاء كليا . فإن كان الوفاء جزئيا كان للمدين أن يطلب التأشير على السند بما وفاه . ذلك أن المخالصة قد تضيع فلا يبقى عند المدين دليل لإثبات الوفاء ، أما إذا كان السند الأصلى قد رد أو أعدم أو ألغى أو أشر عليه بالوفاء الجزئى فقد امتنع على الدائن أن يطالب بالدين أو بما وفى منه مرة أخرى حتى لو ضاعت المخالصة من المدين . ونفقة كل ذلك على المدين ، فإن نفقات الوفاء عليه (م ٣٤٨ مدنى) . وإذا كان السند الأصلى قد ضاع من الدائن أو ادعى الدائن ضياعه . فعلى الدائن فى هذه الحالة أن يقر كتابة بضياع السند . وقد أوجب القانون على الدائن أن يعطى لمدينه المخالصة . وأن يرد له فى الوقت ذاته السند أو يعدمه أو يلغيه أو يؤشر عليه بالوفاء الجزئى أو يكتب له إقرارا بضياعه ، إلى حد أنه لو امتنع عن ذلك جاز للمدين أن يلجأ فى وفاء دينه إلى طريق العرض الحقيقى بما يكلفه هذا العرض من نفقات تكون على حساب الدائن لامتناعه بغير حق من تمكين المدين من طرق إثبات الوفاء التى قررها القانون[1] .

١١٢٨ — الوفاء اتفاق على قضاء الدين : على أن الوفاء ، إذا كان اتفاقا ، فهو اتفاق له مقوماته الخاصة به . فهو اتفاق على قضاء دين قائم ، ومن ثم يكون حتما مفروضا على كل من المدين والدائن . ومحله هو نفس محل الدين الذى يوفى به لا يزيد ولا ينقص ولا يتحور .

فالوفاء اتفاق مفروض أولا على المدين ، وإذا لم يقم به أجبر عليه عن طريق التنفيذ القهرى . ثم هو مفروض بعد ذلك على الدائن نفسه . فلا يملك الدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء . ويجبر الدائن على قبول الوفاء عن طريق

---

(١) هذا ويجوز للمدين أن يكتفى بالمخالصة . كما يجوز له أن يكتفى باسترداد السند أو إعدامه أو إلغائه ، ولكن هذا كما يكون قرينة على الوفاء قد يكون أيضاً قرينة على الإبراء . أما التأشير الجزئى فهو دليل كامل على هذا الوفاء ، ولا يخشى عليه من الضياع فإنه لا يضيع إلا إذا ضاع سند الدين نفسه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا فسرت محكمة الموضوع كلمة « مناولة » الواردة فى وصول بأنها لا تقطع بأن الموفى دفع الدين من ماله الخاص ، فإنها لا تكون قد انحرفت عن المعنى الذى تؤديه هذه العبارة ولم تخطئ فى تطبيق القانون إذا هى أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن المبلغ قد دفع من مال المتمسك بهذا الوصول (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣ ص ٤٥) .

إجراءات العرض الحقيقي ، وحينئذ يصبح الوفاء الذى يشتمل عليه العرض الحقيقي تصرفا قانونيا بإرادة منفردة هى إرادة المدين ، وليس اتفاقا بين المدين والدائن .

ومحل الوفاء يجب أن يكون هو نفس محل الدين الواجب الوفاء به ، ولا يستطيع المدين أن يجبر الدائن على أن يقبل الوفاء بغير محل الدين ، ولوكان ما يفى به أكثر مما التزم . وكذلك لايستطيع الدائن أن يجبر المدين على أن يفى له بغير محل الدين ، ولوكان هذا أقل من قيمة الدين . فلا خيار إذن ، لاللمدين ولا للدائن ، فى تعيين محل الوفاء .

ويتبين من ذلك أن المقومات الخاصة للوفاء هى أنه مفروض على طرفيه ، ومفروض فى محله . فنتكلم إذن : (١) فى طرفى الوفاء ، (٢) ثم فى محل الوفاء ، متابعين فى ذلك الترتيب الذى سار عليه التقنين المدنى .

الفرع الأول

طرفا الوفاء

١١٢٩ — الموفى والموفى له : طرفا الوفاء هما الموفى ويغلب أن يكون هو المدين نفسه وقد يكون غير المدين ، والموفى له ويغلب أن يكون هو الدائن وقد يكون غير الدائن .

المبحث الأول

الموفى

(Solvens)

١١٣٠ — يشترط لصحة الوفاء من الموفى الملكية وأهلية التصرف : تنص المادة ٣٢٥ مدنى على أنه « ١ — يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذى وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه . ٢ — ومع ذلك

فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضي به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى» (١) . ويخلص من هذا النص أنه يشترط لصحة الوفاء، سواء كان الموفى هو المدين نفسه أو كان غير المدين . أمران : (١) ملكية الموفى للشيء الذي وفى به (٢) وأهليته للتصرف في هذا الشيء (٢) .

فلا بد أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي يوفى به الدين . لأن المقصود بالوفاء هو نقل ملكية هذا الشيء للدائن . ولا يستطيع الموفى أن ينقل للدائن ملكية شيء لا يملكه ، فتتخلف الغاية من الوفاء . ويكون الوفاء قابلا للإبطال على غرار بيع ملك الغير (٣) . والذي يتمسك ببطلان الوفاء في الأصل هو الدائن الذي تقرر البطلان لمصلحته . وللمالك الحقيقي أن يسترد الشيء من الدائن بدعوى استحقاق . وله أن يجيز الوفاء فيزول بطلانه قياسا على صحة بيع ملك الغير بإجازة المالك الحقيقي . وللمدين أن يطلب استرداد الشيء ليرده على صاحبه ، ولكن بشرط أن يوفي الدائن شيئاً معادلا له تماما قبل أن يسترده (٤) .

ويجب لصحة الوفاء كذلك أن يكون الموفى أهلا للتصرف في الشيء الموفى به . فإن كان الموفى قاصراً أو محجورا عليه . فإن الوفاء يكون هنا أيضاً قابلا للإبطال . ولكن بسبب نقص الأهلية لا بسبب انعدام الملكية . فلا يجوز أن يتمسك بالإبطال إلا الموفى . ولا يجوز أن يتمسك به الدائن مادام كامل الأهلية

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣٢٤ (مطابق) – الليبي م ٣١٢ (مطابق) – العراقي م ٣٧٦ – ٣٧٨ (موافق) – اللبناني لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) وغني عن البيان أن هذين الشرطين يفترضان أن محل الالتزام شيء لم تنتقل ملكيته إلى الدائن بمجرد نشوء الالتزام أو عين معينة تراخى نقل الملكية فيها . أما إذا كان محل الالتزام نقوداً أو عملا أو امتناعا عن عمل ، فإن النص لا ينطبق .

(٣) ويبقى الوفاء قابلا للإبطال حتى لو انتقلت ملكية الشيء إلى الدائن بسبب عارض غير الوفاء ، كما لو كان الشيء منقولا وكان الدائن حين تسلمه من المدين حسن النية فملكه بالحيازة . أو كان عقاراً فملكه بالتقادم القصير مع حسن النية . في مثل هذه الأحوال لا يكون الدائن مجبراً على التمسك بالحيازة أو بالتقادم إذا كان ضميره يأبى عليه أن يتمسك بذلك . وله أن يرد الشيء على صاحبه ، وأن يطالب المدين بالوفاء مرة ثانية .

(٤) وإذا هلك الشيء في يد الدائن بسبب أجنبي ، فإن هلاكه لا يمنع الدائن من طلب إبطال الوفاء ومن مطالبة المدين بالوفاء مرة أخرى ، ولا يكون مسئولا عن رد الشيء الذي تسلمه لأنه هلك بسبب أجنبي . ولا يرجع المالك على المدين في هذه الحالة ، إلا إذا كان المدين سيء النية . =

وقد استوفى حقه استيفاء صحيحا . فإذا لم يتمسك به الموفى ، بأن كان الوفاء لم يلحق به أى ضرر ، فإن له أن يبقى الوفاء قائما فينقضى به الدين : لا يطلب إبطاله إذ لا مصلحة له فى ذلك ، ولا يستطيع الدائن إبطاله إذ لا حق له فى التمسك بالإبطال . على أنه قد تحدث أن تكون للمدين مصلحة فى التمسك بإبطال الوفاء ، فعند ذلك يكون من حقه أن يبطله وأن يسترد الشيء الموفى به على أن يفى الدين بعد ذلك وفاء صحيحا . ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا كان المدين قد أدى للدائن صنفاً أعلى من الصنف الواجب أداؤه ، فيسترده ثم يفى بالصنف الأقل .

١١٣١ — الموفى قد يكون المدين وقد يكون غير المدين : وقد قدمنا أن الأصل أن يكون الموفى هو المدين نفسه ، ولكن يصح أن يكون غير المدين . فإذا كان الموفى غير المدين ، كان له الرجوع على المدين بما وفاه . فنتكلم إذن فى المسألتين الآتيتين : (١) من يقوم بالوفاء . (٢) رجوع الموفى غير المدين على المدين .

المطلب الأول

من يقوم بالوفاء

١١٣٢ — من يصح منه الوفاء : تنص المادة ٣٢٣ مدنى على أنه « ١ — يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى هذا الوفاء ، وذلك مع مراعاة ماجاء بالمادة ٢٠٨ . ٢ — ويصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء ، ولو كان دون علم المدين أو رغم إرادته . على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض »[١] . ويتضح من هذا

= وإذا كان الدائن قد استهلك الشيء وهو حسن النية ، فإنه يصبح بحكم الواقع مستوفيا لدينه ، وليس له أن يطالب بالوفاء مرة أخرى . أما المالك الحقيقى فلا يستطيع الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق لأن الشيء لم يعد موجوداً ، ولا بدعوى تعويض لأنه حسن النية . وإنما يرجع المالك على المدين ، إما بدعوى تعويض إذا كان المدين سيء النية ، أو بدعوى الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٢٢ (مطابق) — الليبى م ٣١٠ (مطابق) — العراقى م ٣٧٥ (موافق) — اللبنانى م ٢٩٢ (موافق) .

النص أن الذى يقوم بالوفاء إما أن يكون : (١) المدين أو نائبه (٢) أو شخصا له مصلحة فى وفاء الدين (٣) أو أجنبيا لامصلحة له فى الوفاء .

١١٣٣ — الموفى هو المدين أو نائبه : الأصل أن يكون الموفى هو المدين ذاته كما تقدم القول ، لأنه هو الذى يجبر على الوفاء ، وله المصلحة الأولى فيه . بل إنه فى بعض الحالات يتعين على المدين بالذات أن يقوم هو نفسه بالوفاء . فقد نصت المادة ٢٠٨ مدنى على أنه « فى الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » .

وفى غير هذه الحالات يجوز أن يقوم بالوفاء نائب المدين ، والوفاء كما رأينا تصرف قانونى يجوز أن يتم بطريق النيابة ككل تصرف قانونى آخر . ونائب المدين هو وكيله فى وفاء الدين[١] ، أو وليه أووصيه أو القيم عليه . كذلك يجوز للحارس على أموال المدين أو للسنديك فى حالة إفلاس المدين أن يقوم بالوفاء فكلاهما فى ذلك يعتبر نائبا عن المدين .

١١٣٤ — الموفى هو شخص له مصلحة فى الوفاء : وإذا لم يكن الوفاء متعينا على المدين بالذات وفقاً لأحكام المادة ٢٠٨ مدنى ، جاز أن يقوم بالوفاء لا المدين ولانائبه ، بل شخص آخر له مصلحة فى هذا الوفاء ، ويقوم حقه فى الوفاء على هذه المصلحة . وممن له مصلحة فى وفاء الدين المدين المتضامن ، والكفيل الشخصى أو العينى ، والحائز للعقار المرهون . فهؤلاء ملزمون بالدين مع المدين ، أوملزمون بوفائه عنه[٢] . وسنرى أنهم يحلون

---

(١) وقد يوكل المدين مصلحة البريد فى وفاء الدين ، فيتم الوفاء عن طريق حوالة البريد . ويكون المدين مسئولا عن كل خطأ يقع من مصلحة البريد مسئولية الموكل عن وكيله . كذلك قد يوكل المدين مصرفاً فى الوفاء عن طريق دفع الدين للحساب الجارى الذى للدائن فى هذا المصرف ، فإذا أخطأ المصرف وأضاف ما دفعه المدين إلى حساب شخص آخر ، كان المدين مسئولا عن خطأ المصرف .

(٢) ومن ثم لا يجوز للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء منهم بناء على اعتراض من المدين يبلغه إياه ، بل وحتى بناء على اتفاق بينه وبين المدين . ذلك أن اتفاق المدين والدائن على عدم قبول الوفاء يصح وينتج أثره ، كما سنرى (انظر ما يلى فقرة ١١٣٥) ، إذا كان الموفى شخصاً أجنبيا ليست له مصلحة فى الوفاء ، فإن الأجنبى لايقع عليه واجب الوفاء كالشخص ذى المصلحة فيه ، ومن ثم جاز منعه من الوفاء باتفاق بين الدائن والمدين .

حلولا قانونيا محل الدائن فى الرجوع على المدين[١].

١١٣٥ — الموفى هو أجنبى لا مصلحة له فى الوفاء : وقد يكون الموفى أجنبيا أصلا عن الدين ، فليس هو المدين ولا نائبه ، وليست له مصلحة قانونية فى وفاء الدين . ومع ذلك يتقدم لوفائه . فقد يكون من أقرباء المدين أو صديقا له . وقد يكون شريكا للمدين فى التجارة ويخشى مايحدث التنفيذ الجبرى على المدين من أثر فى تجارتهما المشتركة . وهو على كل حال يغلب أن يكون من الناحية القانونية ، فضوليا يقوم بمصلحة عاجلة للمدين دون أمر منه . إذ لووفى الدين بأمر المدين كان وكيلا عنه فى الوفاء . ويصح للأجنبى أن يقوم بالوفاء حتى لوكان ذلك بالرغم من إرادة المدين ، مادام الدائن قد قبل منه الوفاء . ولكن الموفى لايرجع على المدين بدعوى الفضولى بل بدعوى الإثراء بلا سبب .

ذلك أن الأصل أن يكون لكل شخص حق الوفاء بدين غيره ، ولوكان أجنبيا . وليس للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء إذ ليست له مصلحة فى ذلك ما دام يستوفى حقه استيفاء صحيحا ، وهذا مالم تكن طبيعة الدين أو اتفاق الطرفين يقضى بأن المدين نفسه هو الذى يقوم بالوفاء كما قضت المادة ٢٠٨ مدنى فيما مر. وفى غير هذا الاستثناء الوارد فى المادة ٢٠٨ مدنى يتعين على الدائن أن يقبل الوفاء ، ولايجوز له أن يمتنع عن قبوله إلا بشروط ثلاثة : (١) أن يكون الموفى أجنبيا عن الدين ليست له مصلحة قانونية فى وفائه . (٢) وأن يكون المدين معترضا على وفاء الأجنبى بالدين وقد أبلغ الدائن هذا الاعتراض . (٣)وأن يكون الدائن نفسه لايريد أن يستوفى الدين من الأجنبى[٢].

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١١٣٩ – وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا دفع الخصم المحكوم لصالحه مصروفات الدعوى حتى يحصل على صورة الحكم الصادر لصالحه ، حل قانونا محل قلم الكتاب وأصبح له ما لقلم الكتاب من الحقوق ضد المدعى عليه بشأن المصروفات (استئناف وطنى ٦ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٥ ص ٢٠٢) .

(٢) ويجب على الأجنبى أن يعرض وفاء الدين دون أن يقيد عرضه بأى شرط (مصر الوطنية ١٠ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٢ ص ٥٤) . كذلك لا يجوز للأجنبى أن يجعل الوفاء عن طريق المقاصة بين الدين وحق له فى ذمة الدائن ، فإن المقاصة لا تكون إلا فى دينين متقابلين (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ – وقارن استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٢) .

المطلب الثاني

رجوع الموفى على المدين

١١٣٦ — دعويان — الدعوى الشخصية ودعوى الحلول : إذا كان الموفى هو المدين أو نائبه ، فلا رجوع له على أحد لأنه إنما وفى دين نفسه . وأما إذا وفى الدين غير المدين ، سواء كان للموفى مصلحة فى الوفاء أو لم تكن له مصلحة ، فإنه ، ما لم يكن متبرعا بوفاء الدين وهذا لابد فيه من نية واضحة لأن التبرع لا يفترض ، يجوز له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه عن طريق دعوى شخصية (action personnelle) تتكيف بحسب الظروف . وقد يكون له فوق ذلك دعوى الدائن نفسه الذى وفاه حقه فيحل محله فيه ، ومن ثم سميت هذه الدعوى الأخرى بدعوى الحلول (action en subrogation) . فهناك إذن للموفى دعويان : الدعوى الشخصية ودعوى الحلول .

١١٣٧ — الدعوى الشخصية : تنص المادة ٣٢٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بما دفعه .

٢ — ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلا أو بعضا ، إذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء »[(١)] . ويخلص من هذا النص أن الموفى المدين غيره ، سواء كانت له مصلحة فى الوفاء أو لم تكن له مصلحة ، يستطيع ، ما لم يكن متبرعا كما قدمنا ، أن يرجع بدعوى شخصية على المدين يسترد بها مقدار ما دفعه وفاء للدين[(٢)] . وقد تكون هذه الدعوى الشخصية هى دعوى الوكالة ، إذا وفى الغير الدين بأمر المدين . وقد تكون دعوى الفضالة ، إذا كان الغير قد وفى الدين بعلم المدين لكن دون تفويض أو وكالة ، أو بغير علمه ولكن دون معارضته . وقد تكون

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٢٣ (مطابق) — الليبى م ٣١١ (مطابق) — العراق لا مقابل (والرجوع بالدعوى الشخصية فى التقنين العراق لا يكون إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، ما لم يكن الموفى مأموراً من المدين بوفاء الدين فيرجع عليه بدعوى الوكالة) — اللبنانى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٩ ؛ ص ٥١٥ .

الدعوى الشخصية هي دعوى الإثراء بلا سبب . إذا كان الغير قد وفى الدين بالرغم من معارضة المدين .

وإذا وفى الغير الدين بغير أمر المدين ، فسواء رجع بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب فإنه لا يستطيع الرجوع إلا إذا كان الوفاء نافعاً للمدين. فلو أن المدين كان قد وفى الدين قبل أن يوفيه الغير أو وفى قسطاً منه ، فإن الغير لا يرجع بشيء أو يرجع بالباقي بعد استنزال القسط الذي وفاه المدين . ولو كان للمدين دفوع ضد الدين ، بأن كان يستطيع مثلاً أن يتمسك قبل الدائن بالمقاصة أو التجديد أو الإبراء أو التقادم[1] ، فإن الغير لا يرجع بشيء على المدين . ولو أن المدين كان يستطيع أن يطعن في الدين بالإبطال لنقص الأهلية أو لعيب في الإرادة ، أو كان يستطيع أن يطعن فيه بالبطلان لانعدام الإرادة أو لعيب في المحل أو في السبب أو في الشكل ، أو كان يستطيع أن يتمسك بزوال الدين لتحقق شرط فاسخ أو لعدم تحقق شرط واقف ، أو كان يستطيع أن يتمسك بأي دفع آخر ، فإن هذا كله يكون محل اعتبار عند رجوع الموفى على المدين ، فلا يرجع الأول على الثاني إلا بمقدار ما أفاد الثاني من الوفاء .

١١٣٨ – دعوى الحلول : وقد يكون للموفى ، كما قدمنا ، إلى جانب الدعوى الشخصية دعوى الحلول . فيحل محل الدائن في نفس الدين الذي وفاه ، ويرجع على المدين بهذا الدين نفسه ، لا بدين جديد كما يفعل في الدعوى الشخصية . وحلول الموفى محل الدائن إما أن يكون بحكم القانون ويقال له الحلول القانوني (subrogation légale) ، أو أن يكون بموجب الاتفاق ويقال له الحلول الاتفاقي (subrogation conventionnelle) . ولدعوى الحلول ، قانونياً كان أو اتفاقياً ، أحكام خاصة تميزها عن الدعوى الشخصية . فعندنا إذن مسألتان : (١) مصدر الحلول . (٢) أحكام الرجوع بدعوى الحلول .

---

(١) بل إن الدين إذا كان لم يسقط بالتقادم ، ولكن بقيت مدة قليلة لتمام التقادم بحيث لو لم يوف الغير الدين لا نقضت هذه المدة دون أن يستطيع الدائن قطعها ولسقط الدين بالتقادم ، فإن المدين يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع إذا رجع الموفى عليه ، لأنه لولا وفاء الغير للدين لسقط بالتقادم ، فكأن المدين لم يفد شيئاً من الوفاء .

§ ١ – مصدر الحلول

١١٣٩ — الحلول القانونى : تنص المادة ٣٢٦ مدنى على أنه « إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية : (أ) إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين ، أو ملزما بوفائه عنه . (ب) إذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بما له من تأمين عينى ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين . (ج) إذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم . (د) إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول »[1] . فهناك إذن حالات معينة للحلول القانونى نص عليها القانون . وهذه الحالات هى :

أولا — الموفى ملزم بالدين مع المدين أو ملزم عنه : ويكون الموفى ملزما بالدين مع المدين إذا كان مدينا متضامنا ، أو مدينا مع المدين فى دين غير قابل للانقسام ، أو كفيلا متضامنا مع كفلاء آخرين فى علاقته بهؤلاء الكفلاء[2] . ويكون الموفى ملزما بالدين عن المدين إذا كان كفيلا شخصيا ، أو كفيلا عينيا ، أو حائزاً للعقار المرهون . فأى من هؤلاء وفى الدين رجع على المدين بدعوى الدائن ، بعد أن يحل محله بحكم القانون[3] . وعلة الحلول القانونى هنا واضحة ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٢٥ (مطابق) — الليبى م ٣١٣ (مطابق) — العراقى م ٣٧٩ (مطابق) — اللبنانى م ٣١٠ — ٣١٢ (موافق) .

(٢) وإذا دفع وارث دينا على التركة ، حل محل الدائن فى الرجوع على بقية الورثة (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٧ — انظر م ٣١٢ ثالثا لبنانى) .

(٣) وإذا وفى المدين المتضامن كل الدين ، جاز له أن يرجع بدعوى الحلول على كل مدين متضامن معه بقدر حصته فى الدين . وإذا وفى الكفيل الشخصى أو العينى الدين عن المدين ، جاز له الرجوع بدعوى الحلول على المدين بكل مادفعه لأن المدين يجب أن يتحمل الدين كله . ويحل فى هذا الرجوع محل الدائن فى كل ماله من تأمينات ، فإذا رجع على كفلاء آخرين فإنه لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته من الدين بموجب حق التقسيم . وإذا كان الكفيل كفيلا عينيا ودفع الدين عن المدين ، فإنه يرجع على الكفيل الشخصى بقدر حصة هذا الأخير ، ويقسم الدين بينهما على أساس أن الكفيل الشخصى قد كفل كل الدين وأن الكفيل العينى قد كفل الدين بقدر قيمة العين التى قدمها رهنا ، فيكون تقسيم الدين بينهما بهذه النسبة . وإذا رجع على كفيل عينى آخر ، قسم الدين بينهما بنسبة قيمة ما قدمه كل منهما ضمانا للدين .

فالموفى ملزم بالدين مع المدين أو عنه . فله مصلحة كبرى فى أدائه . بل هو يجبر على هذا الأداء . ومن ثم حق له فى رجوعه على المدين أن يرجع عليه بدعوى الدائن بعد أن يحل محله .

ثانيا – الموفى دائن وفى دينا مقدما عليه : ويحل الموفى محل الدائن ، فيرجع على المدين بدعوى الحلول . « إذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بما له من تأمين عينى ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين » . ويفرض القانون أن للمدين دائنين ارتهن أحدهما عقارا مملوكا للمدين ثم ارتهنه الآخر . بل يجوز أن يكون الدائن الآخر لم يرتهن العقار وظل دائنا شخصيا فإن الدائن الأول متقدم عليه بما له من حق الرهن . بل يجوز أيضاً أن يكون التأمين الذى يتقدم به الدائن الأول على الدائن الآخر ليس حق رهن رسمى ، بل حق رهن حيازة أو حق امتياز أو حق اختصاص . فكل هذه تأمينات عينية تجعله متقدما على الدائن الآخر . ففى جميع هذه الأحوال قد يكون للدائن المتأخر[١] مصلحة محققة فى الوفاء بحق الدائن المتقدم والحلول محله فى هذا الحق . وتتحقق هذه المصلحة فى فرضين : (١) قد يرى الدائن المتقدم أن ينفذ على العقار المرهون ويكون ذلك فى وقت غير مناسب . فيباع العقار بثمن بخس فلا يدرك الدائن المتأخر من هذا الثمن ما يكفى للوفاء بحقه . فيكون من مصلحة الدائن المتأخر أن يوفى الدائن المتقدم حقه فيحل محله فى رهنه ، ويمنع بهذا الحلول التنفيذ فى وقت غير مناسب . تحينا لفرصة يبيع فيها العقار المرهون بثمن يكفى لوفاء الحق المتقدم والحق المتأخر جميعا . (٢) قد يكون للدائن المتقدم تأمين على عقار آخر مملوك للمدين أو لكفيل عينى . فيوفى الدائن المتأخر حق الدائن المتقدم حتى يحل محله فى رهنه المتقدم وفى تأمينه الآخر . ويستطيع بذلك أن يستوفى الحقين معاً من العقار المرهون ومن هذا العقار الآخر .

ثالثا – الموفى اشترى عقارا ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان

---

(١) ولابد أن يكون الموفى دائنا لنفس المدين ودائنا متأخراً عن الموفى له . فإذا لم يكن دائنا لنفس المدين ، بل كان أجنبيا ، لم يجز له أن يوفى دائنا له تأمين عينى ليحل محله حلولا قانونيا فى هذا التأمين ، والذى يجوز هنا هو الحلول الاتفاقى لا الحلول القانونى . كذلك إذا كان دائنا متقدما لم يجز له أن يوفى الدائن المتأخر ليحل محله ، إذ ليست له مصلحة ظاهرة فى هذا الحلول .

حقوقهم : وهذه الحالة سبقت الإشارة إليها كتطبيق من تطبيقات الحالة الأولى . ذلك أن المشترى لعقار مثقل بتأمين عينى — رهن أو امتياز أو اختصاص — يصبح حائزاً للعقار (tiers détenteur) فيكون مسئولا عن الدين بحكم انتقال ملكية العقار إليه . ومن ثم يكون ملزما بالدين عن المدين . فيدخل ضمن الحالة الأولى من حالات الحلول القانونى . والمشترى للعقار المرهون يلجأ إلى دعوى الحلول إذا كان ثمن العقار المرهون معادلا لقيمته . بحيث إذا بيع العقار فى المزاد العلنى لن يبلغ ثمنه فى المزاد أكثر من الثمن الذى التزم به المشترى . فإذا فرض أن العقار مرهون لأكثر من دائن . وكان الثمن الذى التزم به المشترى لا يكفى إلا لوفاء الدائن المرتهن الأول . كان للمشترى أن يدفع الثمن لهذا الدائن فيوفيه حقه ويحل محله فى رهنه الأول . ولا تصبح هناك مصلحة للدائنين المرتهنين المتأخرين فى بيع العقار فلن يصيبهم شىء فى التوزيع بعد أن يستولى المشترى على الثمن الذى دفعه وفاء لحق الدائن المرتهن الأول . فيستطيع المشترى بفضل هذا الحلول القانونى أن يوقف عمليا الدائنين المرتهنين المتأخرين عن مباشرة التنفيذ على العقار الذى اشتراه . وقد يكون للدائن المرتهن الأول الذى وفاه المشترى حقه تأمين عينى آخر . فيحل المشترى محله فيه ويستوفى منه ما دفعه له . ويتجنب بذلك أن ينفذ الدائن المرتهن بحقه على العقار الذى اشتراه المشترى .

رابعا — وجود نص خاص يقرر للموفى حق الحلول : من ذلك أن دفع الكمبيالة بطريق التوسط عن الساحب أو عن أحد المحيلين يجعل المتوسط الذى دفع الكمبيالة يحل حلولا قانونيا محل الدائن — أى حامل الكمبيالة — فى الرجوع على ساحب الكمبيالة ومحيليها (م ١٥٧ — ١٥٨ تجارى) . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٧٧١ مدنى من أنه « يحل المؤمن قانونا بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن . ما لم يكن من أحدث الضرر قريبا أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحدة ، أو شخصا يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله » . وهذا النص يقضى بأن شركة التأمين إذا أمنت مكانا من الحريق . ثم احترق المكان المؤمن بخطأ شخص معين . فإن الشركة

تدفع مبلغ التأمين للمؤمن له . وتحل محله قانونا فى حقه ضد المسئول عن هذا الحريق ، وذلك ما لم يكن هذا المسئول متصلا اتصالا وثيقاً بالمؤمن له ، بأن كان قريبه أوصهره وكان مقيما معه فى معيشة واحدة . أوكان ولده أوشخصا تحت رعايته ممن يعتبر هو مسئولا عنهم . ولوجاز لشركة التأمين أن ترجع على هؤلاء وهذا هو مبلغ صلتهم بالمؤمن له ، لكان رجوعها هذا بمثابة الرجوع على المؤمن له نفسه[1] . فتكون الشركة قد سلبته بالشمال ما أعطته باليمين .

١١٤٠ — الحلول الاتفاقى : وإذا لم يكن الموفى فى حالة من حالات الحلول القانونى التى سبق ذكرها . وأراد الوفاء بدين غيره على أن يحل محل الدائن ، فسبيله إلى ذلك إما أن يتفق مع الدائن أو أن يتفق مع المدين على هذا الحلول .

للموفى أن يتفق مع الدائن على الحلول . وقد نصت المادة ٣٢٧ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء »[2] . ولا يشترط فى الاتفاق شكل خاص ، والغالب أن يكون هو والوفاء بالدين حاصلين فى وقت واحد وفى مخالصة واحدة ، ولكن لا شىء يمنع من أن يكون الاتفاق على الحلول سابقا على الوفاء . والذى لا يجوز هو أن يكون الوفاء بالدين أولا ، ثم يليه الاتفاق على الحلول . ذلك أنه إذا تم الوفاء بالدين أولا ، وتراخى الاتفاق على الحلول إلى ما بعد ذلك . فإن هذا يفتح الباب للتحايل . فقد يكون المدين وفى دينه وفاء بسيطا وانقضى الدين ، فانقضى بانقضائه رهن فى المرتبة الأولى كان يضمنه ، وترتب على ذلك أن الرهن الذى كان فى المرتبة الثانية أصبح فى المرتبة الأولى . ثم يتواطأ

---

(١) ويلاحظ ، فيما يتعلق بالأشخاص الذين يكون المؤمن له مسئولا عن أفعالهم ، أن القانون منع المؤمن من الرجوع عليهم بدعوى الحلول ، ليس فحسب من أجل الصلة الوثيقة التى تربطهم بالمؤمن له ، بل أيضاً لأن المؤمن لورجع عليهم وكانوا معسرين لجاز له الرجوع على المؤمن له نفسه باعتباره مسئولا عنهم .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٢٦ (مطابق) — الليبى م ٣١٤ (مطابق) — العراقى م ٣٨٠/١ (موافق ويجب أن يكون الاتفاق على الحلول فى التقنين العراقى بورقة رسمية) — اللبنانى م ٣١٣ (موافق) .

المدين بعد ذلك مع الدائن الذى استوفى حقه . ويجعله يصطنع اتفاقا مع أجنبى يذكر فيه أن هذا الأجنبى هو الذى وفى الدين وهو الذى حل محله فيه . فيعود الرهن الذى كان فى المرتبة الأولى وكان قد انقضى . ليحل الأجنبى محل الدائن فيه . وذلك إضرارا بالرهن الذى يليه والذى كان قد أصبح فى المرتبة الأولى بعد انقضاء الرهن الأول .

وللموفى أن يتفق مع المدين على الحلول . وقد نصت المادة ٣٢٨ مدنى فى هذا الصدد على أنه « يجوز أيضاً للمدين . إذا اقترض مالا وفى به الدين . أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه . ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد »[١] . فيشترط إذن فى الحلول بالاتفاق مع المدين شرطان : (١) أن يذكر فى عقد القرض أن المال المقترض قد خصص لوفاء الدين . (٢) أن يذكر فى المخالصة عند الوفاء أن المال الموفى به هو مال القرض . وليس من الضرورى أن تتعاقب العمليتان . عملية القرض فعلمية الوفاء ، بل يجوز أن تكونا متعاصرتين . فنى ورقة واحدة يثبت عقد القرض ويذكر فيه أن المال المقترض خصص للوفاء . ثم يذكر فى الورقة نفسها أن الوفاء قد تم من مال القرض . ولكن يصح أن تتعاقب العمليتان . بشرط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء . إذ لو كانت عملية الوفاء هى السابقة لتبين أن الوفاء لم يكن من مال القرض فلا يحل المقرض محل الدائن[٢] . والسبب فى ذلك هو توقى خطر التواطؤ . كما رأينا فى الحلول الاتفاقى مع الدائن . فقد يفى المدين بدينه وفاء بسيطا فينقضى الرهن الذى يضمنه . ثم يخطر له

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٢٧ (مطابق) — الليبى م ٣١٥ (مطابق) — العراقى م ٣٨٠/٢ (موافق ويشترط التقنين العراقى أن يكون الحلول بورقة رسمية) — اللبنانى م ٣١٤ (موافق) .

(٢) ولذلك كان لابد . عند تعاقب العمليتين . من أن تكون كل عملية منهما ثابتة التاريخ . حتى يستطاع إثبات أن عملية القرض سابقة على عملية الوفاء . ولو افترض المدين وسدد الدين من القرض . دون أن يذكر فى عقد القرض أن القرض خصص لوفاء الدين أودون أن يذكر فى المخالصة أن المال الموفى به هو مال القرض . فلا حلول . إلا إذا دفع المقرض الدين مباشرة للدائن وكان فى حالة من حالات الحلول القانونى (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٠) .

إحياء هذا الرهن إضرارا بدائن مرتهن آخر كان متأخراً فى المرتبة وتقدم بعد زوال الرهن الأول . فيتواطأ مع أجنبى ومع الدائن . ويصور الأجنبى مقرضا أقرضه المبلغ الذى وفى به الدين وأحاله بهذا الوفاء محل الدائن . فيحيا الرهن الأول . فسد القانون طريق هذا التحايل . بأن اشترط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء(١) .

§ ٢ – أحكام الرجوع بدعوى الحلول

١١٤١ — مسألتان : أياكان الحلول . حلولا قانونيا كان أو حلولا اتفاقيا . فإنه متى تم كانت له نفس الآثار ونفس التكييف القانونى . فعندنا إذن فى الحلول أياكان مصدره . مسألتان : (١) الآثار التى تترتب على الحلول . (ب) التكييف القانونى للحلول .

(١) الآثار التى تترتب على الحلول

١١٤٢ — حلول الموفى محل الدائن : تنص المادة ٣٢٩ مدنى على أنه « من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه . بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع . ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن(٢) » .

فيحل الموفى محل الدائن فى نفس حقه بما لهذا الحق من خصائص . فإذا

---

(١) على أن القوانين الجرمانية لاتلقى بالا إلى شىء من ذلك . بل هى تجيز صراحة أن يفى المدين دينه ويستبقى عند الوفاء ضمانات هذا الدين قائمة يستطيع أن يفيد منها فيما بعد ، فيعطيها لمقرض يقرضه المال بعد الوفاء لقاء هذه الضمانات . ولا ضرر يصيب الدائنين الآخرين من جراء ذلك ، فإن أوضاعهم لم تتغير ، وإنما تغير عليهم اسم الدائن المتقدم وقد كان متقدما عليهم فى كل حال . وهذا ما يسمى فى القوانين الجرمانية بالشهادات العقارية (**cédules hypothécaires**) . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا عن طريق الخيرة فى هذا المعنى ، ولكن لجنة المراجعة حذفته وآثرت البقاء على التقاليد اللاتينية فى الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين . فالشرط إذن أن يسبق القرض الوفاء أو يعاصره دون أن يتأخر عنه .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٢٨ (مطابق) – الليبى م ٣١٦ (مطابق) – العراقى م ٣٨١ (مطابق) – اللبنانى م ٣١٥ (موافق) .

كان حقاً تجاريا أو حقاً يسقط بالتقادم فى مدة قصيرة أوحقاً ثابتا فى سند قابل للتنفيذ . حل الموفى فى الحق على هذه الصفات .

ويحل الموفى محل الدائن فى الحق بما يلحقه من توابع . فإذا كان حقا ينتج فوائد أوحقاً مقترنا بدعوى فسخ أوبحق فى الحبس . حل الموفى فى الحق وفى هذه التوابع .

ويحل الموفى محل الدائن فى الحق بما يكفله من تأمينات . فإذا كان حقاً مضمونا بتأمينات عينية أو بكفيل شخصى أو بتضامن . حل الموفى فى الحق وفى هذه التأمينات(١) دون حاجة إلى رضاء الكفيل .

ويحل الموفى محل الدائن فى الحق بما يرد عليه من دفوع . فإذا كان حقاً مصدره عقد باطل أوعقد قابل للإبطال أوكان حقاً انقضى بالوفاء أوبأى سبب آخر . جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك تجاه الموفى كما كان يفعل تجاه الدائن .

١١٤٣ — ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود : على أنه إذا كان الأصل أن يحل الموفى محل الدائن فى حقه . فإن هناك حالات لا يكسب فيها الموفى جميع المزايا التى كانت للدائن :

١ — وأولى هذه الحالات أن الموفى إذا وفى الدين للدائن بمبلغ أقل من قيمته . فإنه لا يرجع على المدين إلا بمقدار ما دفع للدائن (العبارة الأخيرة من المادة ٣٢٩ مدنى سالفة الذكر) . أما الدائن فإنه كان يرجع على مدينه بكل الدين . والسبب فى ذلك أن الموفى بعيد عن فكرة المضاربة التى رأيناها فى حوالة الحق لصيقة بمن يشترى الحق . وهو فى الغالب صديق للمدين أراد إسعافه أو ملتزم بالدين أراد الوفاء بالتزامه . ولوكان يقصد المضاربة ويريد الرجوع بكل الحق . لكان سبيله إلى ذلك أن يشترى الحق من الدائن بالمقدار الذى دفعه . وعند ذلك ينتقل إليه الحق كاملا عن طريق حوالة الحق ويرجع به كله على المدين .

٢ — وإذا كان الموفى مدينا متضامنا أوكان مدينا مع آخرين فى دين غير قابل للانقسام أوكان أحد الكفلاء المتضامنين . فإنه لا يرجع على أى من

---

(١) هذا مع ملاحظة ما تقضى به المادة ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى . من أنه لا يحتج فى مواجهة الغير بالحلول فى حق مضمون برهن إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش العقد الأصلى.

شركائه إلا بقدر حصة هذا الشريك. وذلك تفاديا من تكرار الرجوع كما قدمنا في التضامن . أما الدائن فإنه يرجع على أي من هؤلاء المدينين بكل الدين .

٣ – وإذا كان الموفي هو حائز العقار المرهون ، فإن المادة ٣٣١ مدني على ما يأتي : « إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ماحازه من عقار »[1]. والمفروض هنا أن الدين مضمون برهون متعددة على عقارات مختلفة ، وقد بيع كل عقار فأصبح في يد حائز لعقار مرهون . ولما كان كل من هؤلاء الحائزين ملتزما بالدين عن المدين ، فإنه إذا وفى أحدهم الدين للدائن حل محله قانونا . وكان ينبغي أن يرجع بالدين بعد أن يستنزل منه حصته بحسب قيمة ماحازه من عقار على أي من الحائزين الآخرين . وكان الدائن يرجع بكل الدين على أي منهم لأن الرهن غير قابل للتجزئة . ولكن النص يقضي بأن يرجع الموفي على كل من الحائزين الآخرين بقدر حصته في الدين بحسب قيمة ماحازه من عقار ، حتى لايتكرر الرجوع ، وذلك لنفس الاعتبارات التي سبق إيرادها في خصوص التضامن . ولوكان للدين كفيل شخصي أو عيني ، ووفى الدين الحائز للعقار المرهون ، فإنه لا يستطيع الرجوع على الكفيل ، إذا لورجع عليه لكان للكفيل أن يرجع هو أيضاً بدوره على هذا الحائز بدعوى الحلول . فلا فائدة إذن من رجوع الحائز للعقار المرهون على الكفيل ، لأن هذا الحائز مسئول عن الدين تجاه الكفيل بمقتضى الرهن . أما الكفيل فيرجع على الحائز للعقار المرهون ، لأنه غير مسئول عن الدين تجاه هذا الحائز .

٤ – وإذا كان الموفي قد وفى جزءاً من الدين ، فإن الدائن الأصلي في استيفاء ما بقي من حقه يكون مقدما على الموفي . وتنص المادة ٣٣٠ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ – إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلايضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدما على

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) – الليبي م ٣١٨ (مطابق) – العراقي لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) – اللبناني لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ – فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء »(١). فالنص يفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء جزء من حقه إلا وهو مشترط على الموفى أن يتقدم عليه فى استيفاء الجزء الباقى من مال المدين . وعلى هذا الأساس قد قبل وفاء جزئيا ما كان الموفى يستطيع أن يجبره عليه . ونرى من ذلك أن الموفى ، وقد حل محل الدائن فى جزء من حقه ، لم يعامل معاملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه . على أن هذه القاعدة يحد منها قيود ثلاثة : (١) أنها ليست إلا افتراضا لما أراده الدائن والموفى ، فلهما إذن أن يتفقا على غير ذلك ، كأن يتفقا على التساوى وقسمة مال المدين قسمة الغرماء . بل لهما أن يتفقا على أن الموفى هو الذى يتقدم على الدائن ، وهذا ما يقع غالبا ، فإن الموفى وهو يفى للدائن بحقه يكون عادة هو الجانب الأقوى الذى يملى شروط الوفاء . (٢) ولا تنتقل ميزة التقدم من الدائن إلى شخص آخر يفى له بالجزء الباقى من حقه ويحل محله فيه ، وعلى ذلك يرجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، ويقسمان مال المدين قسمة الغرماء (م ٢/٣٣٠ مدنى سالفة الذكر) . وإنما يجوز للدائن ، عند استيفاء جزء من حقه من الموفى الأول ، أن يشترط عليه أنه هو أو من يخلفه فى الجزء الباقى يتقدم على الموفى الأول . (٣) وما قدمناه من أن الموفى يتأخر عن الدائن إنما يصح إذا تمسك الموفى بدعوى الحلول ، أما إذا تمسك بالدعوى الشخصية فإنه لا وجه لتفضيل الدائن عليه .

(ب) التكييف القانونى للحلول

١١٤٤ – نظريات ثلاث : يقدم فى سبيل التكييف القانونى للحلول صعوبة جوهرية ، فإن حلول الموفى محل الدائن معناه أن ينتقل للموفى الحق ذاته الذى للدائن . ولكن الموفى عندما وفى هذا الحق قضاه بالوفاء ، فكيف

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٢٩ (مطابق) – الليبى م ٣١٧ (مطابق) – العراقى م ٣٨٢ (مطابق) – اللبنانى م ٣١٦ (مخالف : ويتقدم الموفى الدائن فى التقنين اللبنانى مال المدين مقاسمة للغرماء) .

ينقضى الحق بالوفاء ومع ذلك ينتقل للموفى فيبقى بانتقاله ؟ كيف ينقضى الحق ويبقى فى وقت واحد ؟

وقد ذهب بعض الفقهاء — فى نظرية أولى — إلى أن الوفاء مع الحلول يقضى الحق الموفى به ، وإنما يستبقى القانون ، افتراضا وبسلطان منه ، التأمينات التى تكفل الحق وينقلها إلى حق الموفى فى الرجوع على المدين بما وفاه من دينه . فكأن دعوى الحلول فى هذه النظرية هى نفسها الدعوى الشخصية التى يرجع بها الموفى على المدين ، وإنما نقل إليها القانون التأمينات التى تكفل حق الدائن بعد انقضاء هذا الحق بالوفاء .

على أن الفريق الأكبر من الفقه الفرنسى التقليدى لم يسلم — وهذه هى النظرية الثانية — بانقضاء الحق الموفى به مع بقاء تأميناته افتراضا . وحجتهم فى ذلك أنه إذا كان المنطق المحض يقتضى أن ينقضى الحق بالوفاء ، فكذلك المنطق المحض يقتضى أن تزول تأمينات الحق بزوال هذا الحق . فإذا كنا استبقينا التأمينات بالرغم من زوال الحق ، فليس ذلك إلا عملا افتراضيا محضا (fiction) ، وما دمنا قد لجأنا إلى الافتراض فى استبقاء التأمينات ، فلماذا لا نلجأ إلى نفس الافتراض فى استبقاء الحق نفسه بتوابعه وخصائصه لننقله إلى الموفى؟ والفرق كبير بين الاقتصار على نقل التأمينات مع القول بزوال الحق ، وبين نقل الحق نفسه إلى الموفى بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ، كما تقضى صراحة المادة ٣٢٩ مدنى على الوجه الذى قدمناه .

والفقه الحديث لا يميل — وهذه هى النظرية الثالثة — إلى فكرة الافتراض القانونى ، بل هو يواجه عملية الوفاء مع الحلول ، وهى عملية مركبة ، مواجهة صريحة ويحللها إلى عناصرها الأولية . فالعملية من شقين : (١) هى أولا وفاء (paiement) للحق بالنسبة إلى الدائن ، إذ الدائن يستوفى حقه من الموفى فينقضى هذا الحق بالنسبة إليه . (٢) ثم هى انتقال (transfert) للحق بالنسبة إلى المدين ، إذ المدين لم يوف الحق بنفسه فلا ينقضى الدين بالنسبة إليه ، بل ينتقل إلى الموفى لأنه هو الذى وفى الحق فى مقابل أن يحل محل الدائن فيه[١].

---

(١) استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٢٨ .

ووجه الدقة فى هذه العملية أن هناك وفاء للحق . ولكن لم يقم به المدين . فمن حيث أن هناك وفاء بالحق ، ينقضى الحق بالنسبة إلى من استوفاه وهو الدائن . ومن حيث أن المدين ليس هو الذى قام بالوفاء ، يبقى الحق فى ذمته ولكن لدائن آخر حل محل الدائن الأصلى . هو ذلك الموفى الذى ما وفى الحق إلا ليحل محل الدائن الأصلى فيه .

وهذه النظرية الأخيرة أدق من سابقتيها فى تحليل الوفاء مع الحلول . ولما كان الوفاء مع الحلول ، من حيث إنه ينقل الحق نفسه من الدائن إلى الموفى ، يقترب كثيراً من حوالة الحق . فيحسن هنا إبراز الفروق ما بين هذين النظامين المتقاربين حتى يتبين فى وضوح أنهما نظامان يتميز أحدهما عن الآخر ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فى إيجاز[١] .

١١٤٥ — الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق : هناك فروق من حيث شروط الانعقاد والنفاذ ، وفروق من حيث الآثار .

(١) فمن حيث شروط الانعقاد والنفاذ : تنعقد حوالة الحق باتفاق بين الدائن والمحال له ، فلابد إذن من رضاء الدائن . أما الوفاء مع الحلول فهو أكثر تنوعا ، فقد يتم برضاء الدائن إذا اتفق مع الموفى ، وقد يتم بغير رضائه بأن يتفق الموفى مع المدين . بل هو قد يتم دون رضاء أى من الدائن والمدين ، فتتحقق بإرادة الموفى وحده فى الحالات التى نص فيها على أن يكون الحلول بموجب القانون .

ثم إن نفاذ حوالة الحق فى حق المدين وفى حق الغير لا يكون إلا برضاء المدين أو بإعلانه بالحوالة بالطرق التى سبق بيانها . أما الوفاء مع الحلول فهو نافذ فى حق المدين وفى حق الغير دون أى إجراء[٢] . ويترتب على ذلك أن الدائن إذا كان قد استوفى حقه من الغير عن طريق الوفاء مع الحلول ، ثم حول بعد ذلك الحق لمحال له وأعلن هذا الحوالة للمدين ، فإن الوفاء مع الحلول وقد سبق حوالة الحق يكون نافذاً — دون إعلان ودون أى إجراء آخر — فى حق

(١) انظر آنفا فقرة ١٠٦٨ .

(٢) على أن الحيطة تقتضى أن يخطر الموفى المدين بأنه وفى الدين ، خشية أن يوفى المدين الدين للدائن قبل علمه بالوفاء السابق ، فلا يستطيع الموفى فى هذه الحالة إلا أن يرجع على الدائن .

كل من المدين والمحال له . ولا يستطيع المحال له فى هذا الفرض أن يتمسك بالحوالة فى مواجهة الموفى مع الحلول . وهذا بخلاف ما إذا كان الدائن قد حول حقه أولا بدلا من استيفائه ولم يعلن المحال له المدين بالحوالة ، ثم عمد الدائن إلى تحويل حقه مرة ثانية إلى محال له أعلن الحوالة للمدين . ففى هذا الفرض يستطيع المحال له الثانى أن يتمسك بالحوالة التى أعلنها فى مواجهة المحال له الأول الذى لم يعلن حوالته .

(ب) ومن حيث الآثار : ليس للمحال له إلا دعوى واحدة هى دعوى الحق الذى انتقل إليه ، أما الموفى مع الحلول فله هذه الدعوى والدعوى الشخصية[1] . فإذا نحن تركنا الدعوى الشخصية واقتصرنا على دعوى الحلول بالنسبة إلى كل من الموفى والمحال له . فإن هناك فروقا هامة بين الاثنين ، ترجع فى أساسها إلى أن الموفى صديق يسدى يدا لا يقصد من ورائها كسبا ، أما المحال له فمضارب يبغى الكسب . ونذكر من هذه الفروق ما يأتى :

أولا — يرجع الموفى على المدين بمقدار ما دفع وفاء للدين ، فلو دفع مبلغاً أقل من قيمة الدين فإنه لا يرجع على المدين إلا بهذا المبلغ الأقل . أما المحال له فلو اشترى الحق بأقل من قيمته — ويقع ذلك غالبا — فإنه يرجع على المدين بكل الحق ، إذ هو مضارب يبغى الكسب كما قدمنا .

---

(١) وإذا كانت دعوى الحق (أى دعوى الحلول) تمتاز على الدعوى الشخصية بانتقال التأمينات وخصائص الحق فى الأولى دون الثانية ، فإن الدعوى الشخصية تمتاز على دعوى الحلول فيما يأتى : (أ) لما كان الموفى يرجع فى الدعوى الشخصية على أساس الوكالة أو الفضالة فى أغلب الأحوال ، فإنه يستحق الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن وفاء للدين وذلك بحكم القانون . أما فى دعوى الحلول فإنه يرجع بحق الدائن ، فإذا لم يكن هذا الحق ينتج فوائد ، فإن الموفى لا يتقاضى أية فوائد من المدين . (ب) إذا رجع الموفى بالدعوى الشخصية ، فإن مصدرها هو واقعة الوفاء كما قدمنا . فلا يتقادم حقه — بخمس عشرة سنة فى الوكالة وبثلاث سنوات فى الفضالة وفى الإثراء بلا سبب — إلا بانقضاء هذه المدة وتسرى من وقت الوفاء . أما إذا رجع الموفى بدعوى الحلول ، فإنه يرجع بنفس الحق الذى انتقل إليه من الدائن ، وقد يكون تقادم هذا الحق ساريا منذ مدة طويلة ويوشك أن يتم ، فلا يكاد الموفى يهم برفع دعوى الحلول حتى يكون الحق قد انقضى بالتقادم . (جـ) إذا كان الموفى قد وفى الحق وفاء جزئيا وأراد الرجوع بدعوى الحلول ، فقد رأينا أنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفى هذا من المدين الباقى من حقه . أما إذا رجع الموفى بالدعوى الشخصية ، فإن الدائن لا يتقدم عليه ، ويقتسمان مال المدين بينهما قسمة الغرماء .

ثانيا – إذا قام الموفى بوفاء الدين . ثم أثبت أن الدين غير موجود كأن كان باطلا أو كان قد انقضى . فإن الموفى لا يرجع على الدائن بدعوى الضمان إذ أن الدائن لم ينقل حقاً ولكنه استوفاه . وإنما يرجع عليه بدعوى استرداد غير المستحق فلا يرد الدائن للموفى إلا ماقبضه منه وفاء للدين . أما إذا رجع المحال له على المدين بالحق المحال به وتبين أن الحق غير موجود . فإن المحال له يرجع بالضمان على الدائن فيسترد قيمة الحق كلها .

ثالثا – إذا قام الموفى بوفاء الدين وفاء جزئيا وأراد الرجوع بدعوى الحلول على المدين ، فقد رأينا أن الدائن يتقدم عليه في مال المدين فيستوفى الجزء الباقى من حقه أولا ، ثم يأخذ الموفى ما بقى بعد ذلك وقد لا يكون كافيا للوفاء بما دفع . أما المحال له فإذا كان قد اشترى جزءاً من الحق وأراد الرجوع به على المدين ، فإن الدائن لا يتقدم عليه بل يقسمان مال المدين بينهما قسمة الغرماء .

المبحث الثانى

الموفى له

(Accipiens)

١١٤٦ – يتم الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له أو بإرادة الموفى وحده : رأينا أن الوفاء هو فى الأصل اتفاق على قضاء الدين بين : الموفى والموفى له ، ولكن قد يرفض الموفى له دون حق قبول الوفاء فيستطيع الموفى عندئذ بإرادته وحده أن يجبره على قبوله عن طريق العرض الحقيقى .

فنستعرض : (١) حالة ما إذا كان الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له . (٢) حالة ما إذا كان الوفاء بإرادة الموفى المنفردة ، وهذا هو العرض الحقيقى مع الإيداع .

المطلب الأول

الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له

١١٤٧ – الموفى له هو الدائن وقد يكون غير الدائن : الموفى له

يكون عادة هو الدائن أونائبه . وقد يكون غير الدائن فى بعض حالات استثنائية .

§ ١ – الموفى له هو الدائن أو نائبه

١١٤٨ — *الوفاء للدائن* : الأصل أن يكون الوفاء للدائن . لأنه هو الذى له حق استيفاء الدين وإبراء ذمة المدين منه . وقد يتغير الدائن فى الفترة ما بين نشوء الدين واستيفائه ، كأن يموت الدائن الأصلى فيكون الوفاء لورثته ، أو يحول الدائن الأصلى حقه إلى محال له فيكون الوفاء لهذا الأخير . فالوفاء يكون إذن للدائن أو لخلفه ، عاما كان هذا الخلف كالورثة ، أوخاصا كالمحال له .

ويجب ، حتى يكون الوفاء للدائن صحيحا ، أن يكون الدائن أهلا لاستيفاء الدين . فإذا كان قاصراً أومحجورا لم يجز الوفاء إلا لنائبه . أما الوفاء له شخصيا فلا يكون صحيحا . ومع ذلك ينقلب هذا الوفاء صحيحا إذا أصبح الدائن أهلا للاستيفاء ، بأن بلغ سن الرشد أورفع عنه الحجر ، وأجاز الوفاء . وكذلك إذا أصاب الدائن الذى لا يزال غير أهل للاستيفاء منفعة من الوفاء ، فإن الوفاء يكون صحيحا بقدر هذه المنفعة . والموفى هو المكلف بإثبات أن الوفاء عاد بمنفعة على الدائن غير الأهل للاستيفاء ، ويستطيع أن يثبت ذلك بجميع الطرق لأن حصول المنفعة واقعة مادية[1] . والموفى ، إذا لم يستطع إثبات أن الوفاء قد عاد بالنفع على الدائن ناقص الأهلية ، وكان الشيء الذى دفعه لا يزال قائما فى يد الدائن ، أن يطالب ولى الدائن بإجازة الوفاء أو برد ما دفعه للدائن .

---

(١) ويكفى فى ذلك أن يثبت أن الدائن قد أنفق ما أخذه فى الشؤون المعتادة ، كأن قام بإصلاحات ضرورية أو نافعة فى عقار يملكه . كما يكفى أن يثبت أن الدائن قد استغل ما أخذه استغلالا نافعا ، كأن اشترى عينا ، فتبرأ ذمة المدين بقدر قيمة هذه العين إذا كانت هذه القيمة أقل مما استوفاه الدائن ، أو تبرأ ذمته من الدين كله إذا كانت قيمة العين مساوية للدين أو أكثر . وليس من الضرورى أن يبقى النفع الذى عاد على الدائن قائما ، مادام النفع قد حصل فعلا . فإذا هلكت العين التى اشتراها أو انهدمت الإصلاحات التى أجراها ، وكان ذلك يرجع إلى سوء تدبير منه ، فإن ذمة المدين تبرأ بقدر المنفعة بالرغم من زوالها بعد ذلك .

١١٤٩ — الوفاء لنائب الدائن : تنص المادة ٣٣٢ مدنى على ما يأتى :
« يكون الوفاء للدائن أو لنائبه . ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصيا »(١) . فإذا كان الدائن قاصراً أو محجورا . فقد قدمنا أن الوفاء يكون فى هذه الحالة لنائب الدائن وهو هنا الولى أو الوصى للقاصر . والقيم للمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، والوكيل للغائب المفقود . والوفاء لأى من هؤلاء يعتبر وفاء صحيحا مبرئا للذمة . لأن ولايتهم على ناقص الأهلية تشمل فيما تشمل قبض الحقوق ، والقبض يعتبر من أعمال الإدارة فليس فى حاجة إلى إذن من المحكمة .

والسنديك يعتبر نائبا عن المفلس . فله الصفة فى قبض حقوق المفلس التى فى ذمة الغير . وكذلك الحارس القضائى بما له من حق فى إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته ، له صفة فى قبض حقوق الموضوع تحت الحراسة فى ذمة الغير . والمحضر الموكول إليه تنفيذ حكم أو سند رسمى يعتبر نائبا عن الدائن فى قبض الدين الذى ينفذ به . فمادام قد وكل صراحة فى مباشرة إجراءات التنفيذ للحصول على هذا الدين فقد وكل توكيلا ضمنيا فى قبضه نيابة عن الدائن فإن التنفيذ الجبرى يقتضى قيام الصفة فى قبض الدين(٢) .

ويجوز الوفاء لوكيل الدائن ، وقد تكون الوكالة عامة بالإدارة فتتضمن قبض الديون . وعلى الموفى أن يتثبت من صحة الوكالة ؛ فإذا دفع لغير وكيل أو لوكيل انتهت وكالته وكان ينبغى أن يعلم بانتهاء الوكالة ، فإن الوفاء لا يكون صحيحا ولا يبرئ ذمة المدين . وللموفى أن يطالب من وكيل الدائن أن يبرز السند الذى يثبت هذه الوكالة . ووجود مخالصة بالدين صادرة من الدائن فى يد وكيل الدائن قرينة على قيام الوكالة(٣) ، وذلك ما لم يكن متفقا بين الدائن

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٣٠ (مطابق) — الليبى م ٣١٩ (مطابق) — العراقى م ٣٨٣ (موافق) — اللبنانى م ٢٩٣/١ (موافق) .

(٢) ويجوز للموفى أن يوفى الدين بدفعه لحساب الدائن فى مصرف يكون له فيه حساب جار ، ويخطره بالإيداع ، على أن يتحمل الموفى تبعة الخطأ إذا هو أودع المبلغ خطأ فى حساب جار لغير الدائن .

(٣) وكثيراً ما يعطى المالك للبواب مخالصات بالأجرة ، فيتقدم البواب بها إلى السكان ، وتكون له بذلك صفة فى قبض الأجرة .

والمدين على أن الوفاء يكون للدائن شخصيا فللمدين فى هذه الحالة ألا يفى بالدين إلا للدائن . ولكنه إذا وفى لمن بيده المخالصة كان الوفاء صحيحا مبرئا للذمة[١] .

§ ٢ – الموفى له غير الدائن

١١٥٠ – حالات ثلاث : تنص المادة ٣٣٣ مدنى على أنه « إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء . أو عادت عليه منفعة منه وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته »[٢] . ويخلص من هذا النص أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون صحيحا ولايبرئ ذمة المدين . إلا أنه مع ذلك يكون صحيحا فى أحوال ثلاث ذكرها النص :

أولا – إذا أقر الدائن الوفاء : فقد يوفى المدين الدين لغير الدائن أو نائبه ، كأن يوفيه لوكيل انتهت وكالته أوعزل عن الوكالة وكان ينبغى على المدين أن يعلم ذلك . فى هذه الحالة لا يكون الوفاء صحيحا كما قدمنا ، ومع ذلك إذا أقر الدائن الوفاء فإن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ويصبح الوفاء صحيحا مبرئا لذمة المدين[٣] . وإقرار الدائن للوفاء له أثر رجعى ، فيعتبر الوفاء صحيحا من وقت أن تم لا من وقت الإقرار فحسب .

ثانيا – إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء وبقدر هذه المنفعة : وقد

---

(١) وللدائن أن يعزل الوكيل بالقبض عن الوكالة ، بشرط أن يخطر المدين بذلك . ولكن يجوز أن تكون الوكالة بالقبض متفقا عليها بين المدين والدائن فى العقد المنشئ للدين ، فلايجوز عزل الوكيل فى هذه الحالة إلا باتفاق جديد بين المدين والدائن ، ما لم يتبت الدائن ألا مصلحة للمدين فى الوكالة فعند ذلك يجوز له عزله وحده وإلزام المدين أن يوفى الدين له هو شخصيا أو لوكيل غير الوكيل الأول . وقد يكون الوكيل المعين بالاتفاق بين المدين والدائن له هو نفسه مصلحة فى الوكالة ، كأن يكون دائنا للدائن ويرمى من وراء قبض الدين أن يستوفى حقه ، فعند ذلك لا يجوز عزله ولو باتفاق بين المدين والدائن .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٣١ (مطابق) – الليبى م ٣٢٠ (مطابق) – العراقى م ٣٨٤ (موافق) – اللبنانى م ٢٩٣/٢ (موافق) .

(٣) استئناف مصر ٦ يناير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢١١ .

يوفى المدين الدين لغير الدائن. ولا يقر الدائن هذا الوفاء. فعند ذلك لا يكون الوفاء صحيحا، إلا إذا عادت منفعة على الدائن من هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة. ويمكن تصور منفعة تعود على الدائن من مثل هذا الوفاء إذا كان الموفى له أدى الدين فعلا للدائن. فيكون الدائن قد قبض حقه كاملا. فينقلب الوفاء صحيحا وتبرأ ذمة المدين. كذلك لو كان الموفى له دائنا للدائن وقد قبض الدين استيفاء لحقه فى ذمة الدائن. وكان هذا الحق واجب الوفاء فورا ومقدما على غيره من ديون الدائن. أو أدى الموفى له بما استوفاه دينا على الدائن تتوافر فيه هذه الشروط. فهنا عادت منفعة على الدائن من الوفاء وذلك بسداد دين فى ذمته واجب السداد فوراً. فتبرأ ذمة المدين بقدر هذه المنفعة.

ثالثا — إذا تم الوفاء للدائن الظاهر : والدائن الظاهر هو الشخص الذى لا يكون دائنا حقيقيا. ولكن الدين موجود فى حيازته بحيث يقع فى روع الناس أنه هو الدائن الحقيقى. فوجبت حماية من يتعامل معه بحسن نية. حتى يستقر التعامل. وليس من الضرورى أن يكون الدائن الظاهر هو نفسه حسن النية. ذلك أن القانون لا يحمى الدائن الظاهر نفسه. بل هو يحمى الذين تعاملوا معه ماداموا هم حسنى النية(1). ويمكن أن نتصور وجود الدائن الظاهر فى فروض مختلفة : من ذلك الحوالة الصورية إذا اعتقد المدين أنها حوالة جدية، فالمحال له الصورى يعتبر دائنا ظاهراً. ويكون دائنا ظاهراً الشخص الذى وصل إلى حيازته دون حق سند لحامله. فإن مجرد حمل هذا السند يجعل الحامل يظهر بمظهر المالك له فهو دائن ظاهر. ويعتبر دائنا ظاهراً الوارث الظاهر، فإذا آلت التركة إلى شخص ولم يكن هو الوارث الحقيقى. بل كان هناك مثلا وارث يحجبه. فإن الوارث الظاهر يعتبر دائنا ظاهراً بجميع ما للتركة من حقوق فى ذمة الغير. وإذا دفعت الإدارة تعويضا عن نزع الملكية إلى حائز العقار باعتبار أنه المالك ولم يكن فى الحقيقة مالكا، فقد وفت بالدين للدائن الظاهر(2). وإذا وزعت وزارة الأوقاف ريع وقف معين على المستحقين كل بحسب الحصة التى قررها منتها دون أن يصدر اعتراض من أصحاب الشأن،

---

(١) قارن نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٠٧ ص ٧٥٩.

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٨٣.

ثم تبين بعد ذلك بحكم شرعى نهائى أن حصة أحد المستحقين تزيد عما كان يتناوله من وزارة الأوقاف ، لم يجز له أن يرجع على الوزارة بقيمة الفرق ، لأن هذه القيمة دفعت لمستحق آخر كان قبل الحكم الشرعى هو الدائن الظاهر (١). فمن وفى الدين لدائن ظاهر ، معتقداً بحسن نية أنه هو الدائن الحقيقى ، برئت ذمته بهذا الوفاء (٢) . ويرجع الدائن الحقيقى على الدائن الظاهر بما استوفاه هذا من الدين دون حق طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . بل يستطيع الدائن الحقيقى أن يرجع بتعويض على الدائن الظاهر إذا كان هذا سيئ النية وقت استيفاء الدين .

١١٥١ — الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين : وهناك حالة رابعة نص عليها تقنين المرافعات (م ٥٦٧) ، وتتلخص فى أنه إذا وقع دائن الدائن حجزاً تحت يد المدين ، فإن المدين بعد إجراءات معينة ، يجب عليه أن يوفى الدين ، لا إلى دائنه المحجوز عليه ، بل إلى دائن الدائن الحاجز . على أن الدائن يستطيع ، دون أن ينتظر الانتهاء من إجراءات الحجز الطويلة ، اذا كان الحق الذى له فى ذمة مدينه أكبر من الحق الذى فى ذمته لدائنه الحاجز ،

---

(١) استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٦ ص ٧٨١ — وقد قضت محكمة النقض بأن من صدر عليه حكم نهائى بدفع ثمن عقار إلى شخص معين ، وأوفى بهذا الثمن بعد صدور الحكم للمحكوم له ، فقد برئت ذمته ، لأنه لا يستطيع عدم الوفاء لهذا الشخص المعين بعد صدور هذا الحكم ، ولا يمكن الادعاء ببطلان هذا الوفاء لانتفاء حسن نيته فيه ، بعلة وجود منازع آخر ينازع فى هذا العقار ويدعى ملكه لنفسه ، خصوصاً إذا كان هذا المنازع قد حاول الدخول فى الدعوى فمنعته المحكمة بناء على طلب من صدر له الحكم النهائى (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٧ ص ٤٣٨) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن قيام المستأجر بالوفاء إلى من صدر الحكم الاستئنافى لصالحهم صحيح رغم اختصامه فى الطعن بالنقض ، لأن هذا الطعن لا يوقف نفاذ الحكم الاستئنافى (استئناف أسيوط ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٣٦) .

(٢) نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٢ ص ٥٩٦ — استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ — والذى يكون صحيحاً هو الوفاء للدائن الظاهر ، أما غير الوفاء من أسباب انقضاء الالتزام فلا يكون صحيحاً إذا صدر من الدائن الظاهر . ومن ثم إذا أبرأ الدائن الظاهر المدين من الدين ، أو اتفق معه على تجديده ، فإن كلا من الإبراء والتجديد لا يكون صحيحاً ولا يسرى فى حق الدائن الحقيقى .

أن يخصص لذمة الدائن الحاجز مبلغا مساويا لحقه ، فيتمكن بذلك أن يستوفى الباقى من مدينه (م ٥٥٩ — ٥٦٠ مرافعات)[1] .

المطلب الثانى

الوفاء بإرادة الموفى وحده

العرض الحقيقى والإيداع (offre réelle et consignation)

١١٥٣ — متى يجوز للمدين العرض الحقيقى والإيداع : تنص المادة ٣٣٤ مدنى على أنه « إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحا ، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم إعذاره من الوقت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمى » . وتنص المادة ٣٣٨ مدنى على أن « يكون الإيداع أو مايقوم مقامه من إجراء جائزاً أيضاً إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء . أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص . أو كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء »[2] . ويخلص من هذه النصوص أن للمدين الوفاء بإرادته المنفردة عن طريق عرض الدين عرضا حقيقيا على الدائن ثم إيداعه بعد ذلك . أو عن طريق إيداعه مباشرة دون عرض ، فى الحالتين الآتيتين :

(الحالة الأولى) إذا رفض الدائن قبول الوفاء ، فيعرض المدين الدين ثم يودعه[3] . والدائن يرفض قبول الوفاء إذا اختلف مع المدين فى صحة هذا

---

(١) ويجوز للدائن أن يطالب مدينة المحجوز لديه بما فى ذمته ، على أن يكون الوفاء فى هذه الحالة بالإيداع فى خزانة المحكمة (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٤ ص ١١٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٣٢ و ٣٣٦ (مطابق) — الليبى م ٣٢١ و ٣٢٥ (مطابق) — العراق م ٣٨٥ — ٣٨٦ (موافق ولكن إعذار الدائن فى التقنين العراقى لا يتم إلا بعد الإيداع) — اللبنانى م ٢٩٤/١ (موافق للمادة ٣٣٤ مصرى) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد إرسال خطاب موصى عليه من المدين للدائن يقول عنه المدين إنه كان به حوالة بريد بمبلغ الدين ، ويقول الدائن إنه حين لم يقبل تسلمه لم يكن يعلم =

الوفاء ، أو إذا تعنت في رفض استيفاء الدين[1] . وقد يستبق الدائن الحوادث فيعلن ، قبل أن يعرض المدين الوفاء ، أنه لن يقبله إذا عرض عليه ، فعندئذ يحق للمدين أن يعرض الدين عرضا حقيقيا ثم يودعه . ويماثل رفض الدائن لاستيفاء الدين أن يقتضى الوفاء تدخل الدائن فيمتنع عن ذلك ، كما لو كان الدين واجب الوفاء في موطن المدين وأبى الدائن أن يسعى إليه في هذا الموطن.

(الحالة الثانية) إذا وجد المدين نفسه في حالة يتعذر معها أن يوفي دينه للدائن نفسه أو لمن ينوب عنه ، فيودع الدين مباشرة دون عرض . ويتحقق ذلك في الفروض الآتية : (١) إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه . كأن يكون الدائن الأصلي قد مات عن ورثة يجهل المدين من هم أو أين موطنهم[2]. (٢) إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء . (٣) إذا كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ، كأن يموت الدائن فيتنازع الدين الوارث وموصى له بالدين إذ يطعن الوارث في الوصية بالبطلان. (٤) إذا كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء . مثل ذلك أن يريد المشترى الوفاء بالثمن للبائع ، ولكن البائع يمتنع عن التصديق على إمضائه فلا يجد المشترى بدا من إيداع الثمن على ذمة البائع بشرط ألا يقبضه إلا بعد

= بما احتواه – ذلك ، حتى مع صحة قبول المدين ، لا يعتبر طريق وفاء قانونية ، وخصوصا إذا لم يثبت أن الدائن كان يعلم باحتواء الخطاب لهذا المبلغ . ولقد كان من الواجب على المدين ، لكى تبرأ ذمته ، أن يعرض الدين عرضا حقيقيا (نقض مدنى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ ص ٤٣٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من أراد أن يخلى عقارا هو ملزم بتخليته ، يجب عليه أن يعرض التخلية عرضا حقيقيا (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٠٦) . وقضت أيضاً بأن المدين الذى يعلن أنه يريد الوفاء ، ولا يقرن هذا الإعلان بإجراءات العرض الحقيقى ، يكون ملزما بالفوائد حتى يتم العرض (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٢٠) ، ويحكم عليه بالمصروفات (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٢) .

(١) ويعتبر تعنتا من الدائن أن يرفض الوفاء لتأخر المدين قليلا عن دفع ثمن الأرض التى اشتراها ، أملا في فسخ البيع بعد أن ارتفعت قيمة الأرض (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٨) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩ – وقد يعرف المدين ورثة الدائن ، ولكن هؤلاء الورثة لا يتفقون جميعا على شطب الرهن (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٥) .

التصديق على الإمضاء . ثم يعمد بعد ذلك إلى رفع دعوى بثبوت البيع . ومثل ذلك أيضاً أن يريد المدين الوفاء بدين يكون للغير حق فيه ولا يستطيع المدين أن يحصل على مخالصة من هذا الغير ، فلا يسعه في هذه الحالة إلا أن يودع الدين [١].

ويبقى الآن أن نبحث مسألتين : (١) إجراءات العرض الحقيقي والإيداع . (٢) ما يترتب على القيام بهذه الإجراءات من الآثار .

§ ١ – إجراءات العرض الحقيقي والإيداع

١١٥٣ – مراحل ثلاث : تضمن التقنين المدني طائفة من النصوص في خصوص العرض الحقيقي والإيداع . وأحال في بقية المسائل على تقنين المرافعات . ولكن تقنين المرافعات لم تنسق نصوصه مع نصوص التقنين المدني ، ويبدو لأول وهلة أن هناك شيئا من التنافر بين هاتين الطائفتين من النصوص . فلا بد إذن من التوفيق ما بين التقنينين . وإعمال نصوص كل منهما بحيث لا يتعارض ذلك مع إعمال نصوص التقنين الآخر .

ويبدو – للتوفيق بين التقنينين – أن هناك مراحل ثلاثا : (المرحلة الأولى) مرحلة إعذار الدائن . وهذه المرحلة انفرد بذكرها التقنين المدني . (المرحلة الثانية) مرحلة عرض الدين عرضا حقيقيا على الدائن ، وهي مرحلة انفرد برسم إجراءاتها تقنين المرافعات . (المرحلة الثالثة) مرحلة إيداع الدين على ذمة الدائن ، وهذه مرحلة اشترك في رسم إجراءاتها كل من التقنين المدني وتقنين المرافعات .

١١٥٤ – المرحلة الأولى – إعذار الدائن : يبدأ المدين بأن يعرض على الدائن الوفاء المستوفي لشرائطه ، فيعرض الدين كله مع ملحقاته في الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الوفاء ويكون المدين أهلا لوفاء الدين ويكون الدائن أهلا لاستيفائه . ويكفي في هذا العرض أن يبدي المدين استعداده للوفاء على النحو المتقدم بأية طريقة تفي بهذا الغرض دون حاجة للعرض الحقيقي . فيصح أن يتم ذلك بالكتابة لتيسير الإثبات . ويحسن أن تكون الكتابة مسجلة

---

(١) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٨ .

حتى لا يقع نزاع فى تسلمها . فإذا رفض الدائن قبول الوفاء على هذا الوجه، فعلى المدين عندئذ أن يسجل عليه رفضه بإعلان رسمى على يد محضر . ويعتبر هذا الإعلان إعذارا للدائن .

ويترتب على هذا الإعذار نتائج خطيرة نصت عليها المادة ٣٣٥ مدنى . إذ تقول : « إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه . ووقف سريان الفوائد . وأصبح للمدين الحق فى إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر »(١) . ويتبين من هذا النص أن النتائج التى يرتبها القانون على إعذار المدين للدائن هى ما يأتى : (١) يتحمل الدائن تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، فيما إذا كان الهلاك أو التلف مما يحمل المدين تبعته قبل إعذار الدائن . مثل ذلك أن يعرض البائع تسليم المبيع على المشترى فيرفض المشترى تسلمه ، فيسجل البائع هذا الرفض بإعلان رسمى على يد محضر . ومنذ وصول هذا الإعلان للمشترى يصبح هو الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع أو تلفه (م ٣٤٧ مدنى) . (٢) يقف سريان الفوائد ، فيما إذا كان الدين نقودا تنتج فوائد اتفاقية أو قانونية . (٣) يجوز للمدين عرض الدين على الدائن عرضا حقيقيا وإيداعه إياه بعد ذلك ، وكل هذا على نفقة الدائن . (٤) يطالب المدين الدائن بتعويضه عن الضرر الذى أصابه ، كأن يكون محل الدين عينا تبقى شاغلة المكان التى هى فيه مدة طويلة فيتقاضى المدين أجرة المثل لهذا المكان(٢).

١١٥٥ — **المرحلة الثانية — العرض الحقيقى** : وتلى مرحلة إعذار الدائن مرحلة العرض الحقيقى ، وقد تكفل تقنين المرافعات برسم إجراءات هذه المرحلة على الوجه الآتى : إذا كان الشيء محل الدين نقودا أو شيئا آخر مما يمكن تسليمه للدائن فى موطنه ، فعلى المدين أن يعرضه عرضا فعليا على الدائن فى

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٣٣ (مطابق) — الليبى م ٣٢٢ (مطابق) — العراقى لا مقابل (وقد تقدم أن التقنين العراقى يوجب الإعذار بعد الإيداع) — اللبنانى م ٢٩٤ (موافق) .

(٢) ويستطيع المدين أن يستغنى عن مرحلة الإعذار ، ويقوم مباشرة بالعرض الحقيقى وفقاً للقواعد المقررة فى تقنين المرافعات ، غير أن النتائج التى كانت تترتب على الإعذار والتى بسطناها فيما تقدم تتأخر فى هذه الحالة إلى حين العرض الحقيقى .

موطنه على يد محضر (م ٧٨٦ مرافعات)[١] . أما ما لا يمكن تسليمه للدائن في موطنه . كالعقارات أو المنقولات التي لايتيسر نقلها إلا بمشقة ومؤونة . فيحصل عرضها عرضا حقيقيا على الدائن بمجرد تكليفه على يد محضر (م ٧٨٧ مرافعات)[٢] .

فإذا قبل الدائن العرض ذكر المحضر ذلك في محضره . وقبض الدائن الدين من يد المحضر . وبذلك يتم الوفاء له بحقه . وكان عليه هو مصروفات العرض[٣] ، إلا إذا تبين أنه لم يكن المتسبب في هذه الإجراءات وأن المدين كان متسرعا في الالتجاء إليها . وإن لم يقبل الدائن العرض . ذكر المحضر ذلك في محضره . وانتقل بعد ذلك إلى مرحلة الإيداع[٤] .

١١٥٦ — المرحلة الثالثة — الإيداع : والمعروض إما أن يكون نقوداً أو غير نقود .

فإن كان المعروض نقوداً ورفض الدائن العرض . قام المحضر بإيداع النقود خزانة المحكمة في اليوم التالي لتاريخ محضر العرض على الأكثر . وعلى المدين إعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع في ظرف ثلاثة أيام من تاريخه (٧٨٩ مرافعات) .

---

(١) وإذا كان الدين نقودا . وجب عرض جميع المبالغ المستحقة والفوائد والمصروفات التي صفيت ومبلغ إجمالي لحساب المصروفات التي لم تصف . ولا يجوز أن تكون المبالغ المعروضة أقل من ذلك ، إلا إذا كان الفرق ضئيلا ويرجع إلى تعذر تحديد المبالغ المستحقة على وجه الدقة أو إلى مجرد خطأ في الحساب (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٩ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣) . وانظر نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٢ ص ١٧٦ .

(٢) انظر في إجراءات مختصرة للعرض حال المرافعة أمام المحكمة م ٧٩٢ مرافعات . وانظر نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٢ ص ٣٩٨ .

(٣) ولكن لا يجوز للمدين أن يستنزل مقدما من المبالغ المعروضة مصروفات العرض ، فإن هذه المصروفات لا تكون على الدائن إلا إذا كان العرض صحيحا (نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) .

(٤) ولا بد ، كما قدمنا ، من العرض الحقيقي قبل الإيداع . وإلا فالإيداع وحده لا يكون مبرئا للذمة (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ — ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٢ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩) ، وذلك ما لم يكن العرض الحقيقي متعذراً كأن كان المدين يجهل ورثة الدائن على وجه التحقيق (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفا فقرة ١١٥٢) .

وإن كان المعروض من غير النقود ورفض الدائن العرض ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس لحفظه في المكان الذي يعينه (م ٧٩٠ مرافعات) . وقد نصت المادة ٣٣٦ مدني في هذا الخصوص على أنه « إذا كان محل الوفاء شيئاً معينا بالذات ، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه ، جاز للمدين ، بعد أن ينذر الدائن بتسلمه ، أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه . فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئا معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة »[1]. فيجب إذن أن نميز في غير النقود بين ما يمكن نقله وإيداعه كمجوهرات وعروض يسيرة النقل ، وبين ما هو معد للبقاء حيث وجد كالعقارات وبعض المنقولات عسيرة النقل كالآلات والسيارات والمؤن وأدوات العمارة[2]. فإن كان المعروض مما يتيسر نقله ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة وفقاً للمادة ٧٩٠ مرافعات ، أو أن يطلب بعريضة من قاضي الأمور الوقتية وفقاً للمادة ٣٣٦ مدني ، أمراً بتعيين حارس لحفظ الشيء في المكان الذي يعينه القاضي ، وقد يكون هذا المكان هو خزانة المحكمة إذا تيسر ذلك كما هو الأمر في إيداع المجوهرات والأوراق المالية ونحوها . أما إذا كان المعروض مما لا يتيسر نقله بل كان معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين بالطريقة نفسها أن يطلب تعيين حارس لحراسته حيث يوجد دون أن ينقل . وفي جميع هذه الأحوال تقوم الحراسة ، في المكان الذي يعين أو في المكان الذي يوجد فيه المعروض ، مقام الإيداع[3] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣٣٤ (مطابق) – الليبي م ٣٢٣ (مطابق) – العراقي ٣٨٧/١ (موافق) – اللبناني لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢ ص ٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن يكون المدين قد حصل مبدئيا على حكم بإيداع السيارات المعروضة على الدائن في جراج ، بل يصح أن يودع السيارات الجراج على أن يعرض الأمر بعد ذلك على القضاء ليقول كلمته فيما إذا كان هذا العرض صحيحا وهل يعتبر إجراء مماثلا للإيداع (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢) . وقضت أيضاً بأن مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة على أن يوقع المشتري على عقد البيع النهائي لا يعد عرضا حقيقيا يقوم مقام الوفاء بالالتزام ، لأن البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعيين حارس لحفظ العين المبيعة (نقض مدني ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥١ ص ٩٩٢) .

على أن المعروض قد يكون مما يسرع إليه التلف كالسمن والزيوت والدقيق ، أو تكون مما يكلف نفقات باهظة في إيداعه وحراسته كالمواشي وبعض المحصولات الزراعية ، فهذه وتلك عرضت لها المادة ٣٣٧ مدنى فنصت على ما يأتى : « ١ — يجوز للمدين ، بعد استئذان القضاء ، أن يبيع بالمزاد العلنى الأشياء التى يسرع إليها التلف ، أو التى تكلف نفقات باهظة فى إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة . ٢ — فإذا كان الشىء له سعر معروف فى الأسواق ، أو كان التعامل فيه متداولا فى البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف »[١] .

فإذا ما أودع الشىء — بعد عرضه عرضا حقيقيا على الدائن — على النحو السابق ، كان للعرض والإيداع آثار قانونية ننتقل الآن إلى بيانها .

§ ١ — ما يترتب على العرض والإيداع من الآثار

١١٥٧ — أثر العرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم بصحة العرض : تنص المادة ٣٣٩ مدنى على ما يأتى : « يقوم العرض الحقيقى بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء ، إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات ، أو تلاه أى إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته »[٢] . فيجوز إذن أن يقبل الدائن العرض فى النهاية ، وذلك بعد أن يكون قد رفضه وتم الإيداع بناء على هذا الرفض . ويجب أن يعلن قبوله للمدين حتى ينتج القبول أثره ، وإلا جاز للمدين قبل وصول القبول إلى علمه أن يرجع فى العرض[٣] على الوجه الذى سنبينه[٤] . فإذا لم يقبل الدائن

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٣٥ (مطابق) — الليبى م ٣٢٤ (مطابق) — العراق م ٣٨٧/٢ (موافق) — اللبنانى م ٢٩٦/٢ موافق) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٣٧ (مطابق) — الليبى م ٣٢٦ (مطابق) — العراق م ٣٨٦ (موافق) — اللبنانى م ٢٩٤/٢ و ٢٩٨ (موافق) .

(٣) وتنص المادة ٧٩٤ مرافعات على أنه « يجوز للدائن أن يقبل عرضا سبق له رفضه ، وأن يتسلم ما أودع على ذمته ، إذا لم يكن المدين قد رجع فى عرضه ، وأثبت المودع لديه أنه أخبر مدينه بعزمه على التسليم قبل حصوله بثلاثة أيام على الأقل . ويسلم الدائن المودع لديه صورة محضر الإيداع المسلمة إليه مع مخالصة بما قبضه » .

(٤) انظر ما يلى فقرة ١١٥٨ .

العرض بعد الإيداع ، فإن للمدين أن يطلب الحكم بصحة العرض والإيداع ، كما أن للدائن دون أن ينتظر رفع هذه الدعوى أن يبادر هو إلى رفع دعوى ببطلان العرض والإيداع (١) .

فإذا ما قبل الدائن العرض والإيداع على النحو المتقدم الذكر ، أو صدر حكم نهائي بصحة العرض والإيداع ، قام العرض في هاتين الحالتين مقام الوفاء وبرئت ذمة المدين من الدين . وتبرأ ذمته من يوم العرض . فإن النص صريح في أن الذي يبرئ ذمة المدين هو العرض إذا تلاه الإيداع ، فالإيداع إذن شرط في إنتاج العرض لأثره ، وإذا تحقق استند الأثر إلى يوم العرض (٢) . ومتى برئت ذمة المدين ، فقد برئت ذمة المدينين المتضامنين معه والشركاء في الدين والكفلاء ، وسقطت التأمينات العينية التي كانت تكفل الدين . وهذا الأثر نهائي ، فلا يجوز بعد ذلك أن ترجع ذمة هؤلاء مشغولة بالدين أو أن تعود التأمينات العينية ، حتى لو رجع المدين في العرض وقبل الدائن منه هذا الرجوع (٣) .

---

(١) وتنص المادة ٧٩١ مرافعات في هذا الصدد على أنه « يجوز طلب الحكم بصحة العرض أو ببطلانه ، وبصحة الإيداع أو بعدم صحته ، بالطرق المعتادة لرفع الطلبات الأصلية أو العارضة » — وترفع دعوى صحة العرض أمام محكمة موطن الدائن (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٦) . ومصروفات الإعذار والعرض والإيداع ، إذا حكم بصحة العرض ، تكون على الدائن (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) . ولا يجوز أن يكون الإيداع مقيداً بشروط (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٢ — ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٥) ، إلا إذا كانت شروطاً يستلزمها الدين المعروض . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا عرض المدين الأدوات والمهمات المحكوم عليه بتسليمها إلى المدعين ، وقيد عرضه بأن يدفعوا له المبلغ الذي حكم له به نهائياً قبلهم بمقتضى نفس الحكم الذي ألزمه بتسليم الأشياء المعروضة ، فهذا العرض صحيح ومثل هذا الشرط لا يبطله (نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢ ص ٢) . ولا يجوز عرض جزء من الدين هو الجزء الذي يقر به المدين إلى أن يحسم النزاع في الجزء الباقي ، فإذا حكم للدائن في هذا النزاع كان على المدين دفع فوائد كل الدين دون استنزال الفوائد عن الجزء الذي عرضه (استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣) . وإذا حكم بصحة العرض والإيداع ، فلا محل في الحكم لإلزام المدين البريء الذمة بالسداد ، بل ينص الحكم فقط على الساح للدائن بأن يسحب ما هو مودع على ذمته ما يعادل حقه (استئناف وطني ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة م رقم ٥٥ ١/١ ص ٢١٠) .

(٢) وتأييداً لذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٩٣ مرافعات على ما يأتي : « وتحكم المحكمة مع صحة العرض براءة ذمة المدين من يوم العرض » .

(٣) والأصل في ذلك أنه إذا قبل الدائن العرض أو حكم بصحته نهائياً ، لم يجز للمدين بعد =

١١٥٨ — أثر العرض والإيداع قبل قبول الدائن وقبل صدور الحكم بصحة العرض

الحكم بصحة العرض : تنص المادة ٣٤٠ مدنى على ما يأتى : « ١ — إذا عرض المدين الدين واتبع العرض بإيداع أو بإجراء مماثل ، جاز له أن يرجع فى هذا العرض مادام الدائن لم يقبله أو مادام لم يصدر حكم نهائى بصحته . وإذا رجع ، فلا تبرأ ذمة شركائه فى الدين ولا ذمة الضامنين . ٢ — فإذا رجع المدين فى العرض ، بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات . وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين »[1]. وتنص المادة ٧٩٥ مرافعات على ما يأتى : « ويجوز للمدين أن يرجع عن عرض لم يقبله دائنه . وأن يسترد من خزانة المحكمة ما أودعه ، متى أثبت أنه أخبر دائنه على يد محضر برجوعه عن العرض وكان قد مضى على إخباره بذلك ثلاثة أيام » . ويجب استكمال نص التقنين المدنى بنص تقنين المرافعات ، للتوفيق ما بين النصين . ومن ثم يجوز للمدين ، بعد العرض والإيداع ، أن يرجع فى العرض إذا توافر شرطان : (الشرط الأول) ألا يكون قد صدر قبول من الدائن للعرض ووصل هذا القبول إلى علم المدين ، وألا يكون فى الوقت ذاته قد صدر حكم نهائى بصحة

= ذلك أن يرجع فيما عرض ، ويختص الدائن وحده بالشيء المعروض ، ولا يشاركه فيه سائر الغرماء (انظر أيضاً م ٧٩٦ مرافعات) . غير أنه إذا قبل الدائن من المدين رجوعه فى عرضه بعد قبول الدائن للعرض أو بعد الحكم النهائى بصحته ، فإن قبول الدائن لرجوع المدين فى العرض يكون أثره مقصوراً على العلاقة فيما بينه وبين المدين ، ولا يجاوز ذلك إلى الغير من شركاء فى الدين وكفلاء وأصحاب حقوق عينية على العقار المرهون . فهؤلاء يفيدون نهائياً من براءة ذمة المدين . أما فى العلاقة ما بين الدائن والمدين ، بعد رجوع المدين فى العرض وقبول الدائن هذا الرجوع ، فإن الدين الذى كان معروضاً ينقضى بقبول الدائن للعرض أو بالحكم نهائياً بصحته . ولكن لما كان الدائن قد قبل من المدين الرجوع فى هذا العرض ، فإن ذمة المدين ترجع مشغولة بدين جديد معادل للدين القديم الذى انقضى . وإذا أريد أن يكفل هذا الدين الجديد كفلاء أو رهون ، فلابد من الاتفاق على ذلك من جديد بين الدائن والمدين والكفلاء ، وتقوم هذه التأمينات من وقت هذا الاتفاق لا قبل ذلك . ويكون رجوع المدين فى العرض بعد قبول الدائن له أو الحكم بصحته ، وقبول الدائن لهذا الرجوع ، بمثابة تجديد الدين الأصلى بتغيير محل المدين .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٣٨ (مطابق) — الليبى م ٣٢٧ (مطابق) — العراقى م ٣٨٩ (مطابق) — اللبنانى م ٢٩٧ (موافق) .

العرض . (الشرط الثانى) أن يكون قد مضى ثلاثة أيام من وقت إبلاغ المدين الدائن على يد محضر برجوعه فى العرض . فإذا رجع المدين فى العرض ولم يبلغ الدائن رجوعه على يد محضر ، أو أبلغه الرجوع على يد محضر ولم تمض ثلاثة أيام على هذا الإبلاغ ، جاز للدائن أن يقبل العرض وعندئذ لا يكون لرجوع المدين عن العرض أثر ، ويصبح العرض نهائيا بقبول الدائن له .

فإذا توافر الشرطان المتقدما الذكر ورجع المدين فى العرض ، اعتبر العرض كأن لم يكن[1] ، وتكون مصروفات العرض والإيداع على المدين لأنه هو الذى رجع فيما عرض . وتبقى ذمة المدين مشغولة بالدين وملحقاته ، وكذلك تبقى مشغولة بالدين ذمة المدينين المتضامنين والشركاء فى الدين والكفلاء ، كما تبقى التأمينات العينية التى تكفل الدين[2] .

ويجوز ، بعد رجوع المدين فى العرض وقبل استرداده للشىء المعروض من خزانة المحكمة أو من تحت يد الحارس ، أن يوقع دائنوه – ومنهم نفس الدائن الذى كان الدين معروضا عليه – الحجز على هذا الشىء . أما قبل رجوع المدين فى العرض ، فلا يجوز للدائنين الآخرين غير الدائن المعروض عليه الدين أن يوقعوا الحجز على الشىء المعروض أو أن يشاركوا فيه هذا الدائن الأخير مشاركة الغرماء ، حتى لو كان ذلك قبل قبول العرض وقبل صدور حكم بصحته .

الفرع الثانى

محل الوفاء

١١٥٩ – على أى شىء يقع الوفاء ومتى وأين يكون : تبحث هنا

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإيداع الحاصل على ذمة أحد دائنى المدين لا يخرج به المبلغ المودع عن ملكية المودع إلا بقبول الدائن له . فقبل ذلك يستطيع المدين أن يوجه المبلغ الذى أودعه أية وجهة أخرى (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٧ ص ٣٣٣ – وانظر أيضاً استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٩) .

(٢) أما إذا كان رجوع المدين فى العرض بعد قبول الدائن له أو بعد الحكم بصحته ، وكان الرجوع بموافقة الدائن ، فقد رأينا أن المدينين المتضامنين والشركاء فى الدين والكفلاء تبرأ ذمتهم ، وأن التأمينات العينية التى كانت تكفل الدين تزول (انظر آنفاً فقرة ١١٥٧) .

موضوعين : (١) على أى شىء يقع الوفاء (٢) الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء .

المبحث الأول

على أى شىء يقع الوفاء

١١٦٠ — *الوفاء بنفس الشىء المستحق* : تنص المادة ٣٤١ مدنى على أن «الشىء المستحق أصلا هو الذى يكون به الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شىء غيره . ولوكان هذا الشىء مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى»[١]. والشىء المستحق أصلا إما أن يكون شيئا معينا بالذات أوشيئا غير معين إلا بنوعه أو نقوداً أو عملا أو امتناعا عن عمل .

فإذا كان الشىء المستحق هو شىء معين بالذات ، كدار أو سيارة ، فالوفاء يكون بهذا الشىء بالذات[٢] لا بغيره . ولوكان غيره من جنسه ونوعه أو يزيد عليه . وهذا لا يمنع بداهة من أن يتفق الدائن والمدين على أن يكون الوفاء بشىء غير المستحق أصلا ، وهذا هو الوفاء بمقابل ، ولكنه غير الوفاء وله أحكام خاصة سيرد ذكرها[٣] .

وإذا كان الشىء المستحق شيئا غير معين إلا بنوعه ، كمائة أردب من القمح ، فإذا لم تعين درجة الشىء من حيث جودته ، أو لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (م ٢/١٣٣ مدنى) .

وإذا كان الشىء المستحق نقودا ، فلا يجوز الوفاء دون رضاء الدائن بكمبيالة

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٣٩ (مطابق) — الليبى م ٣٢٨ (مطابق) — العراقى م ٣٩٠ (موافق) — اللبنانى م ٢٩٩ (موافق) .

(٢) وفى الحالة التى هو عليها وقت التسليم ، وتبعة هلاكه تقع على الدائن ما لم يكن الدين ناشئاً من عقد ملزم للجانبين . وإذا هلك الشىء بخطأ المدين ، رجع عليه الدائن بالتعويض .

(٣) انظر ما يلى فقرة ١١٧١ ومابعدها .

أو بشيك[١] أو حوالة بريد[٢] أو بأسهم أو بسندات أو بغير ذلك من الأوراق المالية. فإن هذه الأوراق ديون على الغير وليست نقودا . وقد رأينا عند الكلام في العقد أن المادة ١٣٤ مدني تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام نقودا ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر » . ورأينا أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر إلزامي ، وجب على الدائن قبولها ولو نزلت قيمتها ، ولا سبيل إلى اشتراط أن يكون الوفاء بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب في المعاملات الداخلية والخارجية إذ أن الشرط يكون باطلا لمخالفته للنظام العام[٣] .

---

(١) الوفاء بالشيكات برضاء الدائن هو الغالب في المعاملات المدنية ، ولا يعتبر الدائن مستوفيا حقه إلا عند قبض قيمة الشيك من البنك (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٩م ١ ص ١٠٥ – ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩) ، فلا ينقضي الدين بمجرد تسلم الدائن للشيك عن طريق التجديد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أعطى شيك ثمنا لمبيع مع إثبات التخالص بالثمن في عقد البيع ، فإن إعطاء هذا الشيك يعتبر وفاء بالثمن لا استبدالا له ، وعلى ذلك فإنه إذا حكم بفسخ البيع فلا يبقى لتحصيل قيمة الشيك محل (نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٩ ص ١٥٦) . وإمضاء الدائن على الشيك بأنه قد تسلم قيمته يكون بمثابة مخالصة بالدين ، وحيازة البنك لشيك لحامله دليل على أنه صرف قيمة هذا الشيك ولو لم يوقع صاحب الشيك على ظهره (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١) . وكالشيكات الكمبيالات والإضافة إلى الحساب الجاري (virement bancaire de compte à compte) ، لا يتم الوفاء بها إلا بقبض القيمة أو بالإضافة الفعلية إلى الحساب الجاري . ومن ثم يتحمل المدين التبعة إلى وقت قبض الدائن القيمة بالفعل ، فإذا صرفت القيمة إلى غير الدائن أو إلى غير حسابه الجاري دون خطأ منه لم يكن مستوفيا حقه وتحمل المدين تبعة ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشتري قد أودع حال المرافعة شيكا لأمر البائع ، واعتبر الحكم هذا الإيداع وفاء بالثمن مبرئا لذمة المشتري من الدين ، فإنه يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن الشيك وإن كان يعتبر أداة وفاء إلا أن الالتزام المترتب في ذمة الساحب لا ينقضي بمجرد سحب الشيك بل بقيام المسحوب عليه بصرف قيمته للمستفيد (نقض مدني ١٣ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦) .

(٢) وإذا قبل الدائن حوالة بريد ، فلا يتم الوفاء إلا بقبض قيمتها فعلا (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٣) . ويتحمل المدين تبعة ضياع حوالة البريد وهي في طريقها إلى الدائن ، كما يتحمل تبعة صرف الحوالة إلى غير الدائن إذا تم ذلك دون خطأ من الدائن .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٦٦ – ١٦٧ – وانظر في تحديد سعر الصرف في تاريخ الاستحقاق لا في تاريخ المطالبة : نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

وإذا كان محل الوفاء عملا . فقد قدمنا أن الالتزام بعمل ينقسم أقساما ثلاثة : التزاما ببذل عناية . والتزاما بتسليم شيء ، والتزاما بإنجاز عمل معين . وأن القسمين الأخيرين يجمعهما الالتزام بتحقيق غاية . وقد سبق أن استعرضنا كلا من هذه الأقسام الثلاثة . ورأينا كيف يقوم المدين بتنفيذ التزامه في كل منها ، فنكتفي هنا بالإحالة إلى ماقدمناه في ذلك[١] . كذلك إذا كان محل الوفاء امتناعا عن عمل . فقد رأينا كيف يفي المدين بالتزامه . ويعتبر قائما بتنفيذه تنفيذاً عينيا مادام ممتنعا عن العمل الذي التزم بالامتناع عنه . فإذا أتى العمل الممنوع ، أصبح التنفيذ العيني مستحيلا . ولا يكون هناك مجال للتعويض . ونكتفي هنا أيضاً بالإحالة إلى ما سبق أن ذكرناه في هذا الصدد[٢] .

١١٦١ — الوفاء بكل الشيء المستحق : تنص المادة ٣٤٢ مدني على أنه « ١ — لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢ — فإذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به . فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء[٣] » . فالأصل إذن أن يكون الوفاء بكل الشيء المستحق . فلا يصح من جهة أن يجبر المدين الدائن على أن يقبل استيفاء جزء من الدين ، ولا يصح من جهة أخرى أن يجبر الدائن المدين على الوفاء بجزء من الدين واستبقاء الجزء الآخر في ذمته . كل هذا حتى لو كان الدين نفسه قابلا للتجزئة . فإن الدين فيما بين الدائن والمدين يصبح غير قابل للتجزئة ولو كانت طبيعته تقبل التجزئة[٤] .

على أن قاعدة عدم تجزئة الوفاء يجوز الخروج عليها ، إما باتفاق أو بنص في القانون . فقد يتفق الدائن والمدين على تجزئة الوفاء ، وقد يكون هذا الاتفاق

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٧٩٣ — ٧٩٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٧٩٧ — ٧٩٨ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣٤٠ (مطابق) — الليبي م ٣٢٩ (مطابق) — العراقي م ٣٩٢ (موافق) — اللبناني م ٣٠٠ (موافق) .

(٤) وعدم جواز تجزئة الوفاء لا ينطبق إلا على الدين الواحد . فإذا تعددت الديون وحلت جميعها ، فليس للدائن أن يمتنع عن استيفاء أي من هذه الديون إذا أراد المدين الوفاء به ، بدعوى أن المدين يجزئ الوفاء إذا لم يف بالديون جميعا ، إذ أن المدين لا يجزئ الوفاء في الدين الواحد . وعلى الدائن في هذه الحالة أن يقبل استيفاء الديون التي يعرضها المدين ، ثم يجبر المدين بعد ذلك على الوفاء بالديون التي لم يف بها .

سابقاً على الوفاء ، كما إذا اشترط المدين تقسيط الدين . وقد يكون الاتفاق واقعا وقت الوفاء نفسه كما إذا وفى المدين جزءاً من الدين وقبل منه الدائن هذا الوفاء الجزئى . وقد ينص القانون على جواز تجزئة الوفاء . فعل ذلك فى المقاصة ، فإنه إذا توافرت شروطها سقط الدينان بقدر الأقل منهما (م٣٦٥/٢ مدنى) ، ومعنى ذلك أن الدين الأكبر الذى لم يسقط إلا جزء منه فى مقابلة الدين الأصغر يكون قد وفى وفاء جزئيا . وفعل ذلك أيضاً فى نظرة الميسرة ، عندما أجاز للقاضى أن يقسط الدين على المدين إلى آجال معقولة (م ٢/٣٤٦ مدنى) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى زمان الوفاء[١] . وقضت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٢ مدنى سالفة الذكر بجواز تجزئة الوفاء ، عندما نصت ، كما رأينا ، على أنه « إذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء » . فإذا ادعى الدائن أن الدين خمسون ، وادعى المدين أنه ثلاثون ، فللدائن أن يجبر المدين على الوفاء بالثلاثين المعترف بها على أن يحسم النزاع بعد ذلك فى الجزء الباقى المتنازع عليه . وليس للمدين أن يرفض هذا الوفاء الجزئى ويأبى أن يدفع شيئا حتى يحسم النزاع فى الجزء المتنازع عليه ، أو يأبى أن يدفع الثلاثين إلا بعد أن يقرله الدائن أن هذا هو كل الدين .

١١٦٢ — تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون : تنص المادة ٣٤٤ مدنى على أنه « إذا تعددت الديون فى ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد ، وكان ما أداه المدين لا يفى بهذه الديون جميعا ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين » . وتنص المادة ٣٤٥ مدنى على أنه « إذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة ، كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن »[٢] . ويخلص من هذه

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١١٦٥ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٤٢ – ٣٤٣ (مطابق) – الليبى م ٣٣١ – ٣٣٢ (مطابق) – العراقى م ١/٣٩٣ (موافق) – اللبنانى م ٣٠٧ – ٣٠٩ (مقارب) .

النصوص أن الحاجة إلى تعيين الدين المدفوع (imputation du paiement) إنما تقوم إذا كان على المدين ديون متعددة لدائن واحد . وكانت هذه الديون جميعا من جنس واحد . وكان المبلغ المدفوع لا يفي بجميع الديون[١] . فيجب عندئذ أن يتعين أي من هذه الديون المتعددة تم وفاؤه بالمبلغ المدفوع . وظاهر من النصوص المتقدمة أن تعيين الدين المدفوع يوكل أولا للمدين ، ثم للقانون وقد وضع لتعيينه قاعدة الدين الحال الأشد كلفة . ثم للدائن .

فالمدين إذن هو الذي يعين الدين المدفوع عند الوفاء . بشرط أن يكون التعيين حاصلا وقت الدفع . وبألا يكون هناك مانع اتفاقي أو قانوني يحول دون هذا التعيين . ويقوم المانع الاتفاقي إذا اتفق الدائن والمدين عند الدفع على أن المدفوع هو دين معين . أو اتفقا مقدما قبل الوفاء على ترتيب الديون في الدفع[٢] . أما المانع القانوني فيقوم إذا عين المدين دينا لم يحل أجله وكان الأجل لمصلحة الدائن . أو عين دينا أكبر قيمة من المبلغ المدفوع لأن الدائن لا يجبر على وفاء جزئي . أو جعل المبلغ المدفوع من أصل الدين قبل المصروفات والفوائد إذ سنرى أن الواجب قانونا أن يستنزل المبلغ المدفوع أولا من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين[٣]. فإذا لم يوجد مانع اتفاقي أو قانوني . كان المدين حراً في تعيين الدين المدفوع . فله أن يعين الدين الأشد كلفة . أو الدين الذي تكون مدة التقادم فيه أطول . أو الدين المضمون برهن أو كفيل . وهو في تعيينه للدين المدفوع ليس مقيداً بمراعاة أن الدين قد حل فقد يعين دينا لم يحل إذا كان الأجل لمصلحته هو دون مصلحة الدائن . ولا بمراعاة مصلحة الغير فليس عليه أن يقدم في الدفع دينا يشترك معه فيه مدينون متضامنون أو أو دينا له فيه كفيل[٤] . فمصلحته لا مصلحة الغير هي التي يرعاها . وله أن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الخاصة باستنزال الديون لا تسري إلا في حالة تعدد الديون التي تكون مستحقة لدائن واحد ، أما إذا تزاحم دائنون متعددون على مبلغ واحد قبل أن يحصل عليه أحدهم فعلا . فالأمر في ذلك يخضع لأحكام التوزيع بين الدائنين أو قسمة الغرماء (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٧ ص ٣٣٣) .

(٢) استئناف وطني ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ١ ص ٢٣٣ – استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥٨ – ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣٣ .

(٣) انظر ما يلي فقرة ١١٦٣ .

(٤) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٨٤ – ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ – ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦٨ – ١٠ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٦ .

يقدم على هذه الديون جميعا دينا ينتج فوائد إذ هو أثقل عبئا عليه .

فإذا لم يعين المدين وقت الدفع أى دين هو الدين المدفوع ، تكفل القانون بتعيينه : فهو الدين الذى حل . وإذا تعددت الديون الحالة فهو الدين الأشد كلفة على المدين . فالقانون يفترض ، متمشيا فى ذلك مع الإرادة المحتملة لكل من الدائن والمدين ، أن الدين المدفوع هو الدين الذى حل أجاه لا الدين الذى لم يحل ، سواء فى ذلك كان الأجل لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين أو لمصلحتهما معاً . فإذا تعددت الديون الحالة ، افترض القانون أن المدين ، وهو الذى يملك فى الأصل تعيين الدين المدفوع ، قد دفع الدين الأشد كلفة عليه . ومعرفة أى الديون أشد كلفة على المدين مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض . والواضح أن الدين الذى ينتج فائدة هو أشد كلفة على المدين من الدين الذى لا ينتج فائدة أو ينتج فائدة أقل ، وبين الديون التى تنتج فوائد بسعر واحد أشدها كلفة الدين المضمون بكفيل أو برهن أو بأى تأمين آخر[1] . والدين الذى لا يتقادم إلا بمدة طويلة أشد كلفة من الدين الذى يتقادم بمدة قصيرة . والدين الثابت فى سند تنفيذى أشد كلفة من الدين الذى ينقصه هذا السند[2] .

فإذا تعددت الديون الحالة ، ولم يمكن استخلاص أيها أشد كلفة على المدين ليكون هو الدين المدفوع ، ولم يكن المدين كما هو المفروض قد عين وقت الدفع أى دين يدفع ، فقد وكل القانون للدائن أن يعين جهة الدفع . ذلك أن المدين قد تخلى عن هذه المهمة فليست له إذن مصلحة ظاهرة فى أن يعين دينا دون آخر ، فالقول عندئذ للدائن إذ قد تكون له مصلحة فى استيفاء دين دون آخر . وتعيين الدائن الدين المدفوع لا يكون وقت الوفاء بل يكون بعد ذلك ، فقد قدمنا أن المدين هو الذى يعين الدين المدفوع وقت الوفاء ، فإن لم يعينه

---

(١) استئناف وطنى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٢٤٩ – ١٣ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٦ ص ٢٠٢ – استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ – ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٦ – ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩١ .

(٢) وقد يقع أن يكون الدين مضمونا فى جزء منه بتأمين خاص ، فالمفروض أن الدائن لا يقبل الوفاء الجزئى إلا على أساس أن يستنزل المبلغ المدفوع من حساب الجزء غير المضمون (استئناف مختلط ٢١ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٧) .

فى هذا الوقت تكفل القانون بتعيينه وفقاً للقواعد التى أسلفناها . ثم يأتى دور الدائن فى التعيين أخيراً ، أى بعد وقت الوفاء لا فى هذا الوقت[١] .

١١٦٣ — ما يتبع الشىء الموفى به من ملحقات : ويتبع الشىء الموفى به ملحقات هى أولا الفوائد والمصروفات ولابد من وفائها مع أصل الدين ، ثم نفقات الوفاء ويتحملها المدين .

وتنص المادة ٣٤٣ مدنى فى خصوص الفوائد والمصروفات على أنه « إذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد . وكان ما أداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات . خصم ما أدى من حساب المصروفات . ثم من الفوائد ، ثم من أصل الدين . كل هذا ما لم يتفق على غيره »[٢] . والأصل أن الدائن لا يجبر على الوفاء الجزئى كما قدمنا ، بل يجب على المدين . إذا كان أصل الدين قد حل مع فوائده . أن يدفع الدين والفوائد والمصروفات جميعا فى وقت واحد . على أن الدائن قد يقبل من المدين وفاء جزئيا . وفى هذه الحالة إذا لم يوجد اتفاق على ترتيب آخر يخصم المبلغ المدفوع أولا من المصروفات. ثم من الفوائد ، ثم من أصل الدين . تلك هى مصلحة الدائن . والمفروض أن الدائن لم يقبل الوفاء الجزئى إلا وفقاً لمصلحته هو لا وفقاً لمصلحة المدين .

وتنص المادة ٣٤٨ فى خصوص نفقات الوفاء على أن « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك »[٣] . ونفقات الوفاء غير مصروفات الدين . فهذه قد صرفت فى سبيل إنشاء الدين ، أما الأولى فقد صرفت فى سبيل الوفاء به . والاثنتان يتحملهما المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . وعلى المدين أن يفى بالدين وفوائده ومصروفاته

---

(١) والتعيين يكون للدائن دون اعتبار لقدم الدين ، ودون اعتبار لميعاد حلوله . أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٦) فيجعل الدين المدفوع هو الدين الأقدم أى السابق فى الوجود لا فى الحلول ، فإذا تساوت الديون فى الوجود كان الخصم من الديون جميعا بنسبة كل منها .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٤٠ (مطابق) – الليبى م ٣٣٠ (مطابق) – العراقى م ٢/٣٩٣ (مطابق) – اللبنانى م ٣٠٨ (موافق) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٤٦ (مطابق) – الليبى م ٣٣٥ (مطابق) – العراقى م ٣٩ (موافق) – اللبنانى م ٣٠٤ (موافق) .

ومصروفات الوفاء جملة واحدة . فإذا لم يف بها كاملة لم يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئى . ومن أمثلة نفقات الوفاء نفقات إرسال الدين إلى الدائن ، ونفقات المخالصة . ونفقات الشيك أوحوالة البريد . ونفقات الوزن والعد والكيل . فهذه كلها يتحملها المدين ما لم يتفق على أن الدائن هوالذى يتحملها. وكما قد يقضى الاتفاق بأن تكون نفقات الوفاء على الدائن ، كذلك قد يقضى القانون بهذا . مثل ذلك حالة ما إذا عرض المدين على الدائن الدين عرضا حقيقياً وأودعه على ذمته . فإن نفقات العرض والإيداع تكون على الدائن (م ٣٣٥ مدنى)[١] .

المبحث الثانى

الزمان والمكان اللذان يتم فيهما الوفاء

§ ١ – الزمان الذى يتم فيه الوفاء

١١٦٤ — الأصل فى الالتزام أنه يؤدى فوراً : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ مدنى على أنه « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين . ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك »[٢] . فالأصل إذن أنه متى ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ، فإنه يكون واجب الأداء فوراً[٣] . فى عقد البيع يترتب فى ذمة المشترى التزام بدفع الثمن ، ويترتب فى ذمة البائع التزام بتسليم المبيع . وكلا الالتزامين بمجرد ترتبه نهائيا فى ذمة المدين يكون واجب الأداء فى الحال . ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك .

وقد يتفق المتعاقدان على أجل واقف للالتزام . فلا يكون الالتزام واجب

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٥٥ وفقرة ١١٥٧ فى الهامش .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١/٣٤٤ (مطابق) – الليبى م ١/٣٣٣ (مطابق) – العراق م ٣٩٤ (موافق) – اللبنانى م ٣٠٤ (موافق) .

(٣) ولا يعتبر الالتزام قد ترتب نهائيا فى ذمة المدين إذا كان معلقا على شرط واقف ، بل يجب انتظار تحقق الشرط . أما الالتزام المعلق على شرط فاسخ فهو نافذ فى الحال ، ويجب أداؤه فوراً .

الأداء إلا إذا انقضى هذا الأجل(١) . وقد ينص القانون على ميعاد استحقاق الالتزام ، كما فعل فى ميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية إذ حدده بوقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد (م ٢٢٦ مدنى) . وكما فعل فى أجرة الحكر إذ جعلها تستحق فى نهاية كل سنة (م ١٠٠٣ / ٢ مدنى) .

١١٦٥ — نظرة الميسرة : وكما يتكفل الاتفاق أوالقانون بتحديد وقت الوفاء ، كذلك قد يقوم القاضى نفسه بتحديد هذا الميعاد إذا أعطى المدين أجلا أوآجالا يفى فيها بالدين . وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة **(délai de grâce)** . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى فى هـذا الخصوص على ما يأتى : « على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أوآجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم »(٢). ويتبين من هذا النص أن هناك شروطا أربعة لمنح نظرة الميسرة : (١) أن تكون حالة المدين تستدعى ذلك ، بأن يكون حسن النية فى تأخره فى الوفاء . ولا يجوز أن يكون معسراً ، وإلا فلا جدوى من منحه هذه النظرة . بل يجب أن يكون عنده من المال ما يكفى للوفاء بالتزامه وليس فى مقدوره موقتا أن يبيع هذا المال كأن يكون عقاراً أومنقولا يتعذر بيعه فى الحال . فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم لذلك . أو يكون للمدين موارد يقتضيها فى مواعيد متعاقبة ، كأجر عمله أو ريع ملكه ، وهى كافية للوفاء لوقسط القاضى عليه الدين . (٢) ألا يصيب الدائن من جراء منح المدين نظرة الميسرة ضرر جسيم ، فليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن . (٣) ألا يقوم مانع قانونى من نظرة الميسرة . ومن النصوص القانونية التى تحول دون منح نظرة الميسرة ما نصت عليه المادة ١٥٦ تجارى من أنه « لا يجوز للقضاة أن يعطوا مهلة

---

(١) والمفروض فيه أنه لمصلحة المدين ، فيجوز له النزول عنه والوفاء بالالتزام فورا ، إلا إذا تبين من الظروف أنه لمصلحة الطرفين معاً فى هذه الحالة لا يجوز للمدين أن يوفى الالتزام ، ولا للدائن أن يطلب استيفاءه إلا عند حلول الأجل (استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٤٤ / ٢ (مطابق) — الليبى م ٣٣٣ / ٢ (مطابق) — العراقى م ٣٩٤ / ٢ (موافق) — اللبنانى م ١١٥ — ١١٦ (موافق) .

بدفع قيمة الكمبيالة» . ويسرى هذا الحكم أيضاً على السندات الإذنية والسندات لحاملها (م ١٨٩ تجارى) . (٤) أن يكون الأجل الذى يمنحه القاضى أجلا معقولا . فيقاس بقدر ماهو ضرورى ليتمكن المدين من الوفاء[١] . ويجوز للقاضى أن يمنح المدين آجالا متعاقبة لا أجلا واحداً ، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ فى مواعيدها وفى مقاديرها قدرة المدين على الوفاء[٢] . والأمر ، حتى بعد توافر هذه الشروط ، متروك لتقدير القاضى . فهو الذى ينظر إن كان ثمة ما يستدعى منح المدين نظرة الميسرة . وتقديره فى ذلك تقدير موضوعى لا معقب عليه من محكمة النقض[٣] .

ويترتب على نظرة الميسرة ما يترتب على الأجل الواقف بوجه عام : (١) فيوقف التنفيذ حتى ينقضى الأجل الذى منحه القاضى . فإذا ما انقضى الأجل ولم يوف المدين الدين[٤] . فإن الدائن يتابع إجراءات التنفيذ من حيث تركها موقوفة إذا كان قد بدأها . ولا يحتاج إلى إعادة هذه الإجراءات من

---

(١) وفى فرنسا لا يجوز أن يزيد هذا الأجل على سنة (قانون ٢٠ أغسطس سنة ١٩٣٦) .

(٢) ولا يحول دون نظرة الميسرة أن يكون الدين قد صدر به حكم مشمول بالنفاذ المعجل ، فيمنح القاضى فى حكمه للمدين أجلا ، ويذكر فى الحكم أن النفاذ المعجل يسرى بعد انقضاء هذا الأجل (استئناف أسيوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٨ ص ٥٢٣) .

(٣) نقض مدنى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٣٧٣ — ولا ينال المدين من القاضى نظرة الميسرة إلا فى أثناء الدعوى التى يرفعها الدائن يطالب فيها بالدين ، أو فى أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ بموجب سند رسمى فيستشكل المدين فى التنفيذ ويطلب من قاضى الإشكال نظرة الميسرة . أما إذا كان الدائن يباشر التنفيذ بموجب حكم قابل للتنفيذ ، فإنه لا يجوز للمدين أن يستشكل ليطلب نظرة الميسرة ، إذ يكون الوقت قد فات وكان الواجب أن يطلب ذلك فى أثناء الدعوى وقبل صدور الحكم . وللقاضى أن يمنح المدين نظرة الميسرة ، فى أثناء نظر الدعوى ، من تلقاء نفسه دون طلب من المدين . وتعتبر القاعدة من النظام العام ، فإذا اتفق الطرفان على ألا يكون للقاضى حق منح نظرة الميسرة ، جاز للقاضى بالرغم من هذا الاتفاق منح هذه النظرة للمدين . ويجوز للمدين أن يتقدم بهذا الطلب فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف .

(٤) ويلاحظ أنه إذا كان الدين واجب التنفيذ فى موطن المدين ، فإنه يصبح بعد نظرة الميسرة واجب التنفيذ فى موطن الدائن . ذلك أن المدين مدعو إلى تنفيذ التزامه فى أى وقت خلال الأجل الممنوح له من القاضى ، وليس الأجل إلا حداً أقصى لموعد التنفيذ . فيجب عليه إذن أن يسعى بالتنفيذ إلى موطن الدائن ، لا أن ينتظر حتى يأتى الدائن إلى موطنه .

جديد[١]. (٢) ولكن يجوز للدائن فى أثناء الأجل أن يتخذ الإجراءات التحفظية اللازمة ، كقيد الرهن وتجديده . وما اتخذ من إجراءات تحفظية ، كإعذار المدين ، يبقى حافظا لآثاره[٢] . (٣) ولنظرة الميسرة أثر نسبى . فهى مقصورة على المدين الذى منح الأجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامنين معه ، مادام هؤلاء لم يمنحوا مثله نظرة الميسرة[٣] . وهى أيضاً مقصورة على الدائن الذى حكم بها فى مواجهته ، فلا تتعدى إلى الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدائن الأول ، لأن الحكم على أحد الدائنين المتضامنين لا يضر بالباقى . والواجب على المدين أن يدخل كل الدائنين المتضامنين فى الدعوى ليحصل على حكم فى مواجهتهم جميعا بمنحه نظرة الميسرة.

والأجل فى نظرة الميسرة يسقط بما يسقط به الأجل الاتفاقى فيسقط : (١) إذا أشهر إفلاس المدين أو إعساره . (٢) إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا . (٣) إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد بتقديمه من التأمينات . على أن الأجل فى نظرة الميسرة يسقط أيضاً بسبب جديد ، هو توافر شروط المقاصة ما بين الدين الذى منحت فيه نظرة الميسرة ودين ينشأ فى ذمة الدائن للمدين . فى هذه الحالة لا مبرر لانتظار انقضاء الأجل الذى منحه القاضى ، مادام المدين قد أصبح قادراً على الوفاء بدينه (م ٢/٣٦٢ مدنى)[٤] .

---

(١) وإذا كان القاضى قد قسط الدين على المدين ، بأن منحه آجالا متعاقبة ، فإن تأخر المدين فى أى قسط من هذه الأقساط يجعل جميع الأقساط الباقية حالة يستطيع الدائن أن ينفذ بها .

(٢) وهناك خلاف فيما إذا كان يجوز للدائن فى أثناء نظرة الميسرة أن يحجز على ما لمدينه لدى الغير .

(٣) وهذا على خلاف القاعدة التى تقضى بأن ما يفيد أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقى ، ذلك لأن نظرة الميسرة إنما تمنح للمدين نظراً لظروفه الشخصية ، فلا يتعدى أثرها إلى غيره من المدينين ممن ليست لهم هذه الظروف . وكفيل المدين ، إذا منح المدين نظرة الميسرة ، ينتفع بذلك ، وإلا لجاز للدائن أن يرجع على الكفيل ، ولرجع الكفيل على المدين ، فلا تكون هناك فائدة من منح المدين نظرة الميسرة .

(٤) انظر ما يلى فقرة ١٢٠٠ .

§ ٢ - المكان الذى يتم فيه الوفاء

١١٦٦ - اتفاق الطرفين على مكان الوفاء : كثيراً ما يتفق الدائن والمدين على المكان الذى يكون فيه الوفاء . فلا يجوز للمدين أن يوفى إلا فى هذا المكان ، كما لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالوفاء إلا فيه . وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيا ، كما إذا كانت هناك التزامات متقابلة نشأت من عقد ملزم للجانبين ويتفق الطرفان على أن يتم الوفاء فى وقت واحد فيستخلص من ذلك اتفاق ضمنى على أن يكون مكان الوفاء هو أيضاً مكان واحد . وإذا كان الوفاء بشيك أو بحوالة ، استخلص من هذا اتفاق ضمنى على أن يكون مكان الوفاء هو الجهة التى يقبض فيها الدائن قيمة الشيك أو حوالة البريد .

وقد يتفق الطرفان على أن يكون مكان الوفاء هو موطن الدائن[1] ، والمفروض فى هذه الحالة أن يكون المقصود هو موطن الدائن وقت الاتفاق ، لأنه هو الموطن الذى كان معروفا عندهما وقت ذلك[2] .

١١٦٧ - مكان الوفاء فى العين المعينة بالذات هو مكان وجودها وقت نشوء الالتزام : وتنص الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ مدنى على أنه « إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات ، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك »[3] . فإذا لم يوجد اتفاق على مكان الوفاء ، ولم يوجد نص قانونى يعين هذا المكان[4] ، وكان محل الوفاء هو عين معينة بالذات ، فإن مكان الوفاء هو المكان الذى توجد فيه العين وقت نشوء الالتزام ، إذ يفترض القانون أن الطرفين أرادا ذلك . فإذا انتقل الشىء من مكانه فى الفترة ما بين وقت نشوء الالتزام ووقت

---

(١) فيكون مكان الوفاء هو موطن الدائن وقت الاتفاق أو موطنه وقت الوفاء ، تبعا للاتفاق الذى تم (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤) .

(٢) وقد ينسخ هذا الاتفاق أن يرسل الدائن محصلا لاستيفاء الدين فى موطن المدين ، فيكون هذا الموطن هو مكان الوفاء (استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٢٣) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٤٥/١ (مطابق) - الليبى م ٣٣٤/١ (مطابق) - العراقى م ٣٩٦/١ (موافق) - اللبنانى م ٣٠٢ (موافق) .

(٤) انظر ما يلى فقرة ١١٦٩ .

الوفاء . فالعبرة كما قدمنا بالمكان الذى وجدت فيه العين وقت نشوء الالتزام وهو المكان الذى كان معروفا من الطرفين.

على أن المفروض فى كل ذلك أن الشيء محل الالتزام مستقر فى مكانه لا يمكن نقله فى يسر . فإذا كان الشيء بطبيعته سهل الانتقال من مكان إلى آخر كسيارة أو فرس . فالغالب أن يكون الطرفان قد أرادا ضمنا أن يكون امكان الوفاء ليس هو المكان العارض الذى يوجد فيه الشيء وقت نشوء لالتزام . بل هو موطن المدين وهو المكان الذى يوجد فيه الشيء عادة . وهنا نرى أن الاتفاق المفترض الذى قام عليه مكان وجود الشيء وقت نشوء الالتزام قد عارضه اتفاق ضمنى أكثر وضوحا فنسخه .

١١٦٨ — مكان الوفاء فى غير العين المعينة بالذات هو موطن المدين أو مركز أعماله : وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣٤٧ مدنى على ما يأتى : « أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى وجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال »[1]. فإذا لم يوجد اتفاق على مكان الوفاء . ولم يوجد نص قانونى يعين هذا المكان . ولم يكن محل الوفاء عينا معينة بالذات . فإن مكان الوفاء هو موطن المدين وقت الوفاء أو مركز أعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال . ويسرى هذا الحكم على الالتزام الذى يكون محله مبلغا من النقود . أو عينا غير معينة بالذات كالتزام بتسليم مائة أردب من القمح . أو عملا . أو امتناعا عن عمل . ومن ثم نرى أن الالتزام هنا يسعى له الدائن (quérable)، ولا يسعى به المدين (portable) . وهذا تطبيق للمبدأ العام الذى يقضى بأن الالتزام يفسر بما فيه مصلحة المدين . والعبرة بالموطن أو مركز الأعمال وقت الوفاء لا وقت نشوء الالتزام . لأن القاعدة لا تقوم على افتراض إرادة المتعاقدين فيقال إن هذه الإرادة قد انصرفت إلى الموطن أو مركز الأعمال وقت نشوء الالتزام . وإنما تقوم على مصلحة المدين وهذه المصلحة تقتضى أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله وقت الوفاء .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٤٥/٢ (مطابق) – الليبى م ٣٣٤/٢ (مطابق) – العراق م ٣٩٦/٢ (موافق) – اللبنانى م ٣٠٢ (موافق) .

على أن المدين يستطيع بعد نشوء الالتزام أن ينزل عن حقه فى أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله ، إذا تصرف تصرفا من شأنه أن يستخلص منه هذا النزول . فإذا كان الدين أقساطا . وأدى المدين أكثر الأقساط فى موطن الدائن : فالمفروض أن الأقساط القليلة الباقية يجب الوفاء بها أيضا فى موطن الدائن . ولكن مجرد دفع قسط أو قليل من الأقساط فى موطن الدائن لا يستفاد منه حتما أن المدين قد نزل عن حقه فى أن يكون مكان الوفاء بسائر الأقساط هو موطنه لا موطن الدائن(١) .

١١٦٩ — نصوص خاصة بتعيين مكان الوفاء فى بعض العقود المسماة : وهناك نصوص تتكفل بتعيين مكان الوفاء كما سبق القول . من ذلك مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٥٦ مدنى من أنه « يكون الثمن مستحق الوفا فى المكان الذى سلم فيه المبيع . مالم يوجد اتفاق أوعرف يقضى بغير ذلك » . ومن ذلك أيضاً مانصت عليه المادة ٤٣٦ مدنى من أنه « إذا وجب تصدير المبيع للمشترى . فلايتم التسليم إلا إذا وصل إليه . مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك »(٢) . ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه المادة ٦٤٢ مدنى من أنه « يجب رد الشيء فى المكان الذى يكون المستعير قد تسلمه فيه ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

---

(١) فلو أن المؤمن له دفع بعض أقساط التأمين فى موطن الشركة ، فلايستفاد من ذلك حتما أنه نزل عن حقه فى أن يكون الوفاء بسائر الأقساط فى موطنه هو . وإذا اشترطت شركة التأمين أن يكون الوفاء بالأقساط فى موطنها ، ثم استوفت بعض هذه الأقساط فى موطن المدين ، فلايستفاد من ذلك أنها نزلت عن حقها فى أن يكون الوفاء ببقية الأقساط فى موطنها ، لا سيما إذا ذكرت ذلك صراحة فى وثيقة التأمين ، وهذا مالم يكن قد اطرد استيفاؤها لأقساط التأمين فى موطن المدين واستقر تعاملها معه على ذلك . وإذا دفع المستأجر أقساط الأجرة من وقت إلى آخر فى موطن المؤجر ، لم يعد هذا حتما نزولا منه عن أن الوفاء بالأجرة يكون فى موطنه هو لا فى موطن المؤجر (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٦٠) .

(٢) وانظر فى أنه يسرى على مكان تسليم العين المؤجرة مايسرى على تسليم العين المبيعة من أحكام : المادة ٥٦٦ مدنى .

الفصل الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

١١٧٠ — أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء : قدمنا أن هذه الأسباب هى الوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة . ففى الوفاء بمقابل يعتاض الدائن عن استيفاء الدين عينا بشىء يعادله . وفى التجديد يستوفى الدائن الدين الأصلى بدين جديد . وفى المقاصة يستوفى الدائن الدين الذى له بدين مقابل فى ذمته للمدين . وفى اتحاد الذمة يستوفى الدائن الدين الذى له بنفس هذا الدين بعد أن يصبح مدينا به .

الفرع الأول

الوفاء بمقابل(*)

(Dation en paiement)

١١٧١ — أركانه وتكييفه القانونى والآثار التى تترتب عليه : قدمنا أن المدين لا يجبر على استيفاء شىء آخر فى مقابل دينه . ولوكان هذا الشىء أكبر قيمة من الدين . ومع ذلك إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يستوفى شيئاً آخر فى مقابل دينه ، واستوفى فعلا هذا الشىء الآخر : فإن الدين ينقضى وتبرأ ذمة المدين ، ولكن لا عن طريق الوفاء (paiment) . بل عن طريق الوفاء بمقابل (dation en paiement) .

ومن ثم وجب أن نبحث : (أولا) ماهى الأركان التى يقوم عليها الوفاء بمقابل وماهو تكييفه القانونى . (ثانيا) ماهى الآثار التى تترتب عليه .

(*) مراجع : جمبو (Guimbaud) فى النظرية العامة فى الوفاء بمقابل فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى رسالة من بواتييه سنة ١٨٨٩ .

المبحث الأول

أركان الوفاء بمقابل وتكييفه القانونى

§ ١ – الأركان التى يقوم عليها الوفاء بمقابل

١١٧٢ – ركناه : تنص المادة ٣٥٠ مدنى على أنه « إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشىء المستحق، قام هذا مقام الوفاء »[١]. ويمكن أن يستخلص من هذا النص أن هناك ركنين للوفاء بمقابل : (الركن الأول) اتفاق بين الدائن والمدين على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلى بنقل ملكية شىء آخر من المدين إلى الدائن . (الركن الثانى) تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا ، فتبرأ ذمة المدين .

١١٧٣ – الركن الأول – الاتفاق على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلى بنقل ملكية شىء آخر : إذا كان المحل الأصلى للدين سيارة أو دارا أو أرضا أو كمية من القطن مثلا ، جاز أن يتفق الدائن مع المدين على أن يوفيه مقابلا لهذا الدين هو مبلغ معين من النقود أو شىء آخر غير المحل الأصلى . وهذا الاتفاق يستدعى حتما رضاء الدائن بأن يستوفى الدين بمقابل ، لأنه لا يجوز إجباره على أخذ غير محل الدين[٢]. ولما كان الوفاء بمقابل اتفاقا ، فيجب أن تتوافر الأهلية الواجبة فى كل من الطرفين . فتتوافر فى الدائن أهلية استيفاء الدين ، وتتوافر فى المدين لا فحسب أهلية الوفاء بالدين بل أيضاً

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٤٨ (مطابق) – الليبى م ٣٣٧ (مطابق) – العراق م ٣٩٩ (مطابق) – اللبنانى م ٣١٨ (موافق) .

(٢) وقد يعطى المدين الدائن شيئا غير محل الدين ، ولكن لا الوفاء بالدين بل ضمانا له . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا سلم المستأجر محصولات الأرض إلى المؤجر وفاء بالأجرة بعد عمل الحساب ، فلا يعنى ذلك أنه نقل ملكية المحصولات إلى المؤجر ، بل أودعها عنده ضمانا للأجرة ، ووكله فى بيعها ليستوفى الأجرة منها ، فلا يجوز للمؤجر التمسك ببطلان حجز وقعه أحد دائنى المستأجر على هذه المحصولات بدعوى أن ملكيتها انتقلت إليه (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٧) .

أهلية التصرف فى المقابل الذى وفى به الدين . ويجب أن تكون إرادة كل من الطرفين خالية من العيوب . ويجب أن يكون للاتفاق محل وسبب . أما السبب فهو الوفاء بالدين الأصلى . وأما المحل فهو نقل ملكية شىء آخر للدائن فى مقابل المحل الأصلى ، فلابد إذن فى المحل من توافر شرطين . (١) ألا يكون داخلا فى نطاق الالتزام الأصلى . بل هو شىء جديد يستعاض به عن المحل الأصلى . فلاينطوى الالتزام التخييرى ولا الالتزام البدلى على وفاء بمقابل ، لأن المدين إذا اختار أحد محال الالتزام أواختار البدل فأداه فإنما يؤدى محلا داخلا فى نطاق الالتزام الأصلى . (٢) أن يكون نقل ملكية (datio) ، فلا يجوز أن يكون التزاما بعمل أوالتزاما بامتناع عن عمل . فإذا اتفق المقرض والمقترض على أن يستعاض عن رد القرض بأن يقوم المقترض بنسخ كتاب معين ، فإن هذا لا يكون وفاء بمقابل بل يكون فى الغالب تجديداً بتغيير محل الدين[١] .

١١٧٤ — الركن الثانى — تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلا إلى الدائن : ولايكفى الاتفاق على مقابل الوفاء ، بل يجب أيضاً تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا من المدين إلى الدائن . فإذا كان المقابل مائة قنطار من القطن وجب إفراز هذا المقدار حتى تنتقل الملكية إلى الدائن ، أوكان سيارة وجب تعيينها بالذات لتنتقل ملكيتها ، أوكان دارا أوأرضا وجب تسجيل الاتفاق على الوفاء بمقابل حتى تنتقل الملكية ، أوكان نقودا وجب تسليمها للدائن حتى تتعين وتنتقل ملكيتها إليه .

وهذا ما يميز الوفاء بمقابل عن التجديد . ففى التجديد يحل التزام جديد محل التزام قديم ، فينقضى الالتزام القديم بقيام الالتزام الجديد . أما فى الوفاء بمقابل فلايكفى قيام الالتزام الجديد ، أى الالتزام بنقل الملكية ، بل يجب

---

(١) وإذا قبل الدائن استيفاء الدين بشيك أوبكمبيالة أو بحوالة بريد أو بأية ورقة مماثلة ، لم تبرأ ذمة المدين من الدين إلا إذا قبض الدائن فعلا قيمة الشيك أوالكمبيالة أوالحوالة أوالورقة المالية . وعندئذ ينقضى الدين ، لا بالوفاء بمقابل ، بل بالوفاء عينا كما سبق القول (انظر آنفاً فقرة ١١٦٠).

ويثبت الاتفاق على الوفاء بمقابل وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات . على أنه إذا ثبت أن الدائن قبل تسلم شىء غير المستحق له دون تحفظ ، فإنه يفترض — حتى يقوم الدليل على العكس — أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء .

تنفيذه أى نقل الملكية فعلا إلى الدائن[١]. فإذا اقتصر الطرفان على إنشاء التزام بنقل الملكية يحل محل الالتزام الأصلى ، فإنما يكون ذلك تجديداً بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل .

§ ٢ - التكييف القانونى للوفاء بمقابل

١١٧٥ - رأى أول - الوفاء بمقابل بيع تليه مقاصة : يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أن الوفاء بمقابل ينتهى إلى التحليل الآتى : يتفق الدائن والمدين على أن يشترى الأول من الثانى المقابل الذى يقدمه الثانى بثمن يعادل قيمة الدين الذى فى ذمته ، فتتم صفقة البيع أولا ويصبح الدائن مدينا بثمن هو معادل فى الجنس والمقدار للدين الذى له ، فتقع مقاصة قانونية ما بين هذا الدين والثمن ، ويبقى المدين بعد ذلك ملتزما نحو الدائن بنقل ملكية المقابل .

وعيب هذا التكييف أنه يقف بالوفاء بمقابل عند المرحلة الأولى ، ولا يستلزم أن تنتقل الملكية فعلا إلى الدائن . وقد قدمنا أن الوفاء بمقابل لا يتم إلا إذا انتقلت الملكية فعلا إلى الدائن ، ولا تبرأ ذمة المدين من دينه الأصلى إلا عند نقل هذه الملكية . أما إذا وقفنا عند هذه المرحلة الأولى . فإنما نواجه تجديداً بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل كما سبق القول[٢] .

١١٧٦ - رأى ثان - الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء تغير فيه المحل الأصلى: وفى القانون الفرنسى القديم كان الوفاء بمقابل ضربا من الوفاء ، استعيض فيه عن الشىء المستحق أصلا بشىء آخر ، وذلك باتفاق الطرفين. فهو كالوفاء يقضى الدين ذاته بطريق مباشر ، ولكن يقضيه بمقابل للشىء المستحق لا بالشىء المستحق نفسه بناء على اتفاق الطرفين .

---

(١) ويترتب على ذلك أن الوفاء بمقابل لا يمكن أن يتم عن طريق الوصية ، بأن يوصى المدين لدائنه بمال للوفاء بالدين ، وذلك لأن الوصية يجوز الرجوع فيها دائما ولا تنتقل ملكية الموصى به فى حياة الموصى (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٨ ص ٩٥) . كذلك لا يتم الوفاء بمقابل إذا احتفظ المدين لنفسه بحق استرداد العقار الذى سلمه وفاء لدينه (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١١٧٤ .

وعيب هذا التكييف أنه يستلزم أن يكون استحقاق المقابل في يد الدائن مبطلا للوفاء ، فيرجع الدين الأصلي إلى ذمة المدين بجميع ما كان له من ضمانات . والمقرر في هذا الصدد هو عكس ذلك ، فسنرى أن الوفاء بمقابل يقضي التأمينات التي كانت للدين الأصلي ولو استحق المقابل(١) .

١١٧٧ – الرأى الراجح – الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية : والتكييف القانوني الذي أخذ يتغلب في الفقه المعاصر ، وهو التكييف الذي يساير النصوص التشريعية في مصر وفي فرنسا ، هو أن الوفاء بمقابل عمل مركب ، فهو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية .

فالوفاء بمقابل هو أولا تجديد بتغيير محل الدين . إذ الدائن والمدين يتفقان بادئ ذي بدء على تغيير المحل الأصلي للدين بمحل جديد هو المقابل في الوفاء . ويترتب على ذلك أن الدين الأصلي ينقضي وتنقضي معه تأميناته عن طريق التجديد . لا عن طريق الوفاء كما هو الأمر في الرأي الثاني . ولا عن طريق المقاصة كما هو الأمر في الرأي الأول .

ثم إن الدين الجديد الذي نشأ عن هذا التجديد – وهو دائما التزام بنقل ملكية المقابل – يكون تنفيذه عن طريق الوفاء . فتنتقل ملكية المقابل فعلا إلى الدائن ، وبذلك يتم الوفاء بمقابل . وفي هذه الخطوة الثانية ينطوي الوفاء بمقابل على معنيين : (أولا) معنى الوفاء ، إذ الدين الجديد يستوفى عينا فينقضي . (ثانيا) معنى نقل الملكية ، إذا الوفاء عينا بالدين الجديد معناه نقل ملكية المقابل . فيجمع الوفاء بمقابل ، في الآثار التي تترتب عليه ، بين معنى نقل الملكية ومعنى الوفاء . وهذا ما ننتقل الآن إليه .

المبحث الثانى

الآثار التي تترتب على الوفاء بمقابل

١١٧٨ – الوفاء بمقابل باعتباره ناقلا للملكية : تنص المادة ٣٥١

(١) انظر ما يلي فقرة ١١٧٩ .

مدنى على أن « يسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شىء أعطى فى مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه ، من حيث إنه يقضى الدين ، أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات »[١] . فالوفاء بمقابل، من حيث إنه ينقل ملكية المقابل من المدين إلى الدائن ، يسرى عليه أحكام البيع وأحكام نقل الملكية بوجه عام .

وقد ذكر النص من هذه الأحكام ثلاثة على وجه التخصيص : (١) أهلية المتعاقدين ، وقد قدمنا أنه يشترط فى المدين أهلية التصرف . وكذلك يشترط فى الدائن أهلية الالتزام . (٢) ضمان الاستحقاق : فإذا استحق المقابل فى يد الدائن ، رجع الدائن بضمان الاستحقاق ، ولا يرجع بالدين الأصلى لأن هذا الدين قد انقضى وانقضت معه تأميناته كما قدمنا[٢] . (٣) ضمان العيوب الخفية : فلو كشف الدائن عيبا فى المقابل ، رجع على المدين بضمان العيوب الخفية .

وقد ذكر النص هذه الأحكام الثلاثة على سبيل التمثيل ، لا على سبيل الحصر . ومن ثم يسرى بعض أحكام البيع الأخرى ، كحق امتياز البائع إذا كان هناك معدل (soulte) يدفعه الدائن للمدين ، وحق الفسخ إذا لم يوف الدائن بهذا المعدل ، وحق تكملة الثمن للغبن فيما إذا كان المدين قاصراً وكان المقابل عقاراً يقل الدين عن أربعة أخماس قيمته .

١١٧٩ – الوفاء بمقابل باعتباره وفاء : ثم إن الوفاء بمقابل ، باعتباره وفاء ، يقضى الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلى ، أما الدين الأصلى

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٤٩ (مطابق) – الليبى م ٣٣٨ (مطابق) – العراقى م ٤٠٠ (مطابق) – اللبنانى م ٣١٩ (موافق) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٣٥١ مدنى مصرى يجرى على الوجه الآتى : « يسرى على الوفاء بمقابل ، من حيث إنه ينقل ملكية الشىء الذى أعطى فى مقابلة الدين ... » . وفى لجنة المراجعة عدلت عبارة « من حيث إنه ينقل ملكية الشىء » بعبارة « فيما إذا كان ينقل ملكية شىء » . وكانت عبارة المشروع التمهيدى أدق فى المعنى من عبارة لجنة المراجعة ، لأن العبارة الأخيرة توهم أن الوفاء بمقابل قد لا ينقل الملكية فى بعض صوره ، وقد رأينا أنه ينقل الملكية فى جميع الصور . وعبارة لجنة المراجعة هى التى أقرت نهائيا ، وهى غير دقيقة كما قدمنا .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١١٧٧ .

فقد انقضى بالتجديد كما سبق القول[١] . ومن ثم تترتب النتائج الآتية :

١ – تزول التأمينات التي كانت للدين الأصلي . ولا تعود حتى لو استحق المقابل .

٢ – تتبع الأحكام المتعلقة بتعيين جهة الدفع فيما إذا كان في ذمة المدين للدائن عدة ديون من جنس واحد وقد دفع المدين مقابلا للوفاء ببعضها دون بعض ، فيكون له وقت الدفع أن يعين الدين الذى دفع مقابله . فإن لم يعين . كان الدين المدفوع له المقابل هو الدين الحال . ثم الدين الأكثر كلفة على المدين . فإن تعادلت الديون فى الحلول وفى الكلفة . كان للدائن أن يعين الدين الذى استوفى مقابله .

٣ – إذا تبين أن المدين قد دفع مقابلا لدين لا وجود له . اتبعت أحكام الوفاء لا أحكام نقل الملكية . ومن ثم لا يرجع المدين على الدائن بمقدار الدين ، ولكن يسترد منه المقابل الذى دفعه بدعوى استرداد غير المستحق[٢] .

٤ – يجوز لدائنى المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى الوفاء بمقابل باعتبار أنه وفاء . فإذا وفى المدين المعسر . وفاء بمقابل . أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل ، لم يسر هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين . وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء بمقابل ولو حصل بعد انقضاء الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى المقابل[٣] .

الفرع الثانى

التجديد والإنابة فى الوفاء[*]

المبحث الأول

التجديد (Novation)

١١٨٠ – التجديد نظام قانونى محدود الأهمية : التجديد هو استبدال

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٧٧ .

(٢) قارب نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٩ ص ٣٨٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ – ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ – ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ .

(*) مراجع : هيبير (Hubert) بحث فى النظرية القانونية للإنابة رسالة من بواتييه سنة ١٨٩٩ —

دين جديد بدين قديم . فيكون سببا فى انقضاء الدين القديم وفى نشوء الدين الجديد . فالتجديد هو إذن اتفاق على قضاء الالتزام القديم ، وعقد لإنشاء الالتزام الجديد . ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير الدين (فى محله أو فى مصدره) ، أو بتغيير المدين ، أو بتغيير الدائن .

والتجديد كنظام قانونى أصبح اليوم محدود الأهمية . فالتجديد بتغيير الدين اصبح يغنى عنه الوفاء بمقابل ، وتغنى حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين ، وحوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن . وقد اختفى التجديد فعلا فى بعض التقنينات الحديثة ، كالتقنين الألمانى .

ونبحث فى التجديد : (١) شروطه . (٢) الآثار التى تترتب عليه .

المطلب الأول

شروط التجديد

١١٨١ — شروط ثلاثة : شروط التجديد ثلاثة : (١) تعاقب التزامين ، قديم حل محله جديد . (٢) اختلاف ما بين الالتزامين فى أحد العناصر . (٣) نية التجديد .

١١٨٢ — الشرط الأول — تعاقب التزامين قديم حل محله جديد : تنص المادة ٣٥٣ مدنى على ما يأتى : « ١ — لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان . ٢ — أما إذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحا إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله »(١) . ويخلص من هذا النص أنه حتى يتم التجديد يجب أن يوجد التزام قديم خال من أسباب البطلان ، ثم يعقبه ليحل محله التزام جديد خال هو أيضاً من أسباب البطلان .

= نيجر (Nègre) فى شروط الانعقاد والصحة فى التجديد رسالة من إكس سنة ١٩٢٠ — تالير (Thaller) فى الصنعة القانونية لسند الائتمان (حوليات القانون التجارى سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ — كابيتان (Capitant) فى السبب .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٥١ (مطابق) — الليبى م ٣٤٠ (مطابق) — العراقى لا مقابل (ولكن الحكم تطبيق للقواعد العامة) — اللبنانى م ٣٢٢ (موافق) .

فإذا لم يكن الالتزام القديم موجودا . أو كان قد انقضى بسبب سابق على التجديد . فلا يمكن أن يكون هناك تجديد . وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد باطل . فلا يمكن أن يكون هناك تجديد لهذا الالتزام المعدوم . وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد قابل للإبطال . لنقص في الأهلية أو لعيب في الإرادة ، فالأصل أن تجديد مثل هذا الالتزام لا يكون صحيحا بل يبقى مهدداً بالإبطال . فإذا ما طلب ذو الشأن إبطال العقد انعدم الالتزام القديم فانعدم تبعا لذلك الالتزام الجديد . وبطل التجديد[1]. على أنه إذا كان الطرف الذي له حق إبطال العقد مصدر الالتزام القديم قد أصبح في حال يستطيع معها إجازة هذا العقد . ثم أقدم على تجديد الالتزام وهو على بصيرة من الأمر . فإن التجديد ذاته يعتبر إجازة للعقد . فينقلب الالتزام القديم صحيحا . ويصح تبعا لذلك الالتزام الجديد فيحل محل الالتزام القديم . ويتم التجديد . وقد يتم التجديد دون أن يكون هناك قصد إلى إجازة العقد ، بأن يكون العاقد الذي وقع في غلط مثلا لم يكشف العيب . فيبقى التجديد كما قدمنا مهدداً بالإبطال. ولكن يصح أن يجيز العاقد العقد بعد تمام التجديد وبعد كشفه العيب . فينقلب العقد صحيحا . وتستتبع صحة العقد صحة التجديد[2] .

ويفترض التجديد قيام التزام جديد ليحل محل الالتزام القديم . ويجب أن ينشأ هذا الالتزام الجديد صحيحا ، فإذا كان عقد التجديد باطلا لم ينشأ الالتزام الجديد وبقي الالتزام القديم على أصله دون أن ينقضي . وإذا كان عقد التجديد

---

(١) وقد لا يكون الالتزام القديم قابلا للإبطال ، ولكنه يكون خاضعا لحكم خاص تقرر قبل التجديد أو بعده ، فلا يسري التجديد على حجب هذا الحكم ، بل ينتقل أثر الحكم إلى الالتزام الجديد . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا داخل الالتزام القديم ربا فاحش ، فإن تجديد الالتزام لا يمنع من المطالبة بتخفيض الفوائد إلى الحد المسموح به قانونا (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ – ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٣) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة أسيوط من أنه إذا استبدل دين بدين ، ثم صدر بعد الاستبدال قانون يعطي للمدين الحق في خصم جزء من الدين الأول ، جاز للمدين أن يتمسك بهذا القانون ، إذ هو لم يدخل في تقديره وقت الاستبدال ولم يحصل تقصير منه في عدم التمسك به (أسيوط أول مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٦ ص ٤٣٠) .

(٢) وإذا كان الالتزام القديم التزاما طبيعيا ، فقد قدمنا أن الالتزام الطبيعي لا يكون محلا للتجديد ، وإنما يكون سببا يقوم عليه الالتزام الجديد (م ٢٠٢ مدني وانظر آنفاً فقرة ٧٨١) .

قابلا للإبطال ، فإن مصير التجديد يبقى مهدداً ، فإذا ما أبطله صاحب الحق في الإبطال زال الالتزام الجديد ، وعاد الالتزام القديم بأثر رجعي إذ يعتبر التجديد كأن لم يكن . أما إذا أجيز عقد التجديد فقد انقلب التجديد صحيحا ، وبقى الالتزام الجديد قائما على وجه بات يحل محل الالتزام القديم .

١١٨٣ — الشرط الثاني — اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر : تنص المادة ٣٥٢ مدنى على ما يأتي : « يتجدد الالتزام : أولا بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره . ثانيا — بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضائه . أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد . ثالثا — بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد »[1] . ويخلص من هذا النص أنه ، حتى يكون هناك تجديد ، لابد أن يخالف الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة . ويمكن حصر التعديلات الجوهرية التي يتم بها التجديد ، كما هو ظاهر من النص ، في ثلاثة[2] :

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٥٠ (مطابق) — الليبي م ٣٣٩ (مطابق) — العراق م ٤٠١ (موافق) — اللبناني م ٣٢٣ (موافق) .

(٢) فإدخال تعديل غير جوهري على الالتزام لا يعد تجديدا . وذلك مثل إضافة أجل أو مد أجل قائم أو إلغاء أجل موجود (استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩ — ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤) . وإبدال ورقة تجارية بورقة تجارية أخرى ، بقصد مد الأجل ، لا يعد تجديدا . ولا يعد تجديداً أيضاً إضافة شرط جزائي إلى الالتزام ، أو تقديم تأمين عيني أو شخصي ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تعديل مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة ، أو تعديل مقدار الدين بزيادته أو نقصه . وهذا كله ما لم يصرح الطرفان أنهما أرادا تجديداً ، فتعتبر هذه التعديلات عندئذ تغييراً في محل الدين . وصدور حكم بالدين لا يعد تجديداً لهذا الدين ، بل يبقى الدين المحكوم به كما هو بمقوماته وضماناته ، وكل ما تغير فيه أنه صار مقترنا بسند تنفيذي هو الحكم . أما تعليق التزام منجز على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، أو بالعكس إلغاء شرط واقف أو شرط فاسخ كان الالتزام معلقا عليه فأصبح التزاما منجزاً ، فإن هذا يعد تعديلا جوهريا في الالتزام إلى حد أن يكون تجديداً له بتغيير محل الدين . وسنعود إلى هذه المسألة فيما سيأتي (انظر ما يلي فقرة ١١٨٤) .

أولا – التجديد بتغيير الدين فى محله أو فى مصدره : ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى المحل إذا كان محل الالتزام القديم نقوداً مثلا ، فاتفق الطرفان على أن يكون الالتزام الجديد محله بضاعة أوعروض أومنقول أو عقار . وقد يكون محل الالتزام مبلغا مقطوعا من المال فيتجدد فى التزام محله إيراد موقت أو إيراد مؤبد . أو العكس بأن يكون المحل إيرادا موقتا أو مؤبداً فيتجدد فى التزام محله مبلغ مقطوع[1] . ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى المصدر . إذا اتفق البائع والمشترى مثلا على أن يبقى الثمن فى ذمة المشترى على سبيل القرض . كذلك إذا جدد حافظ الوديعة التزامه برد الوديعة ، فاقترضها والتزم بردها كقرض لاكوديعة . ومثل ذلك أيضاً أن يستبدل المستعير أو حافظ الوديعة بالتزاماته التزامات المستأجر . فيصبح مستأجراً لما استعاره أو لما استودع إياه .

ثانيا – التجديد بتغيير المدين : ويتم ذلك بإحدى طريقتين تقابلان الطريقتين اللتين سبق ذكرهما فى حوالة الدين . فإما أن يتفق المدين القديم والمدين الجديد والدائن على التجديد . وهذه الطريقة تقابل ما رأيناه فى حوالة الدين من اتفاق المدين القديم مع المدين الجديد على الحوالة وإقرار الدائن لهذه الحوالة حتى تنفذ فى حقه . وهناك لايشترط رضاء الدائن فى انعقاد الحوالة وإنما يشترط هذا الرضاء فى نفاذ الحوالة فى حق الدائن . أما هنا فى التجديد فيشترط رضاء الدائن فى انعقاد التجديد لا فى نفاذه فحسب . والسبب فى ذلك أن التجديد يتضمن قضاء دين قديم أحد طرفيه الدائن . وإنشاء دين جديد أحد طرفيه هو الدائن أيضاً . فكان لابد من رضائه لقضاء الدين القديم ولإنشاء الدين الجديد . أما حوالة الدين فتنتقل نفس الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد فكان لابد من رضائهما ، ولاضرورة لرضاء الدائن مادام المدين لم يتغير . ولكن لما كان سيتغير على الدائن مدينه فقد اشترط رضاء الدائن لنفاذ الحوالة فى حقه لا فى انعقادها . والطريقة الثانية فى تجديد الدين بتغيير المدين تكون باتفاق الدائن والمدين الجديد على أن يأخذ هذا المدين مكان المدين

---

(١) ويكفى أن تتغير طبيعة المحل ، فيكون تجديداً إبدال دين تجارى بدين مدنى أو دين مدنى بدين تجارى .

الأصلي . ولا حاجة لرضاء المدين الأصلي[1]. وهذه الطريقة تماثل تماماً الطريقة المقابلة في حوالة الدين ، حيث يجوز أن تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون حاجة لرضاء المدين الأصلي . والعلة واحدة ، في عدم اشتراط رضاء المدين الأصلي ، في حالتي التجديد والحوالة . فالمدين الجديد في التجديد يفي الدين القديم عن المدين الأصلي عن طريق إنشاء دين جديد في ذمته هو ، ومعروف أن من الجائز أن يفي أجنبي الدين عن المدين دون حاجة إلى رضائه . والمدين الجديد في حوالة الدين يتفق مع الدائن على أن يتحمل هو بالدين مكان المدين الأصلي . وهو في ذلك ليس في حاجة إلى رضاء المدين الأصلي إذ يستطيع أن يبرئ ذمة هذا المدين دون الحصول على رضائه[2] .

ثالثاً – التجديد بتغيير الدائن : فإذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد ، تم التجديد بتغيير الدائن . فالتجديد هنا لا يتم إلا باتفاق بين الأطراف الثلاثة . وهذا بخلاف حوالة الحق فإنها تتم كما رأينا باتفاق الدائن القديم والدائن الجديد دون حاجة إلى رضاء المدين ، ذلك أن الحق الذي انتقل إلى الدائن الجديد هو نفس الحق الذي في ذمة المدين ، فليس هناك حق جديد يلتزم به المدين حتى يكون رضاؤه ضرورياً . أما في التجديد بتغيير الدائن فقد انشغلت ذمة المدين بدين جديد ، فلابد من رضائه[3] .

---

(١) وأكثر ما يكون التجديد بتغيير المدين في العمل أن يجدد دائن التركة حقه بتغيير مدينه ، فيتخذ الوارث مديناً له بدلا من التركة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٨ – أول ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٧ – ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٨) .

(٢) وإذا تم التجديد بتغيير المدين باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون اشتراك المدين الأصلي ، فإن المدين يكون في حكم من يتعهد بدلا من المدين الأصلي ، ولذلك يسمى التجديد في هذه الصورة بالتعهد بدلا من المدين (**expromission**) . أما إذا تم التجديد باتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد والدائن ، فإن المدين الأصلي يكون قد أناب المدين الجديد عنه في قضاء الدين عن طريق إنشاء دين جديد مكانه ، ولذلك يسمى التجديد في هذه الصورة بالإنابة في الوفاء (**délégation**) . وهي هنا إنابة كاملة (**délégation parfaite**) لأن الدين القديم ينقضي ويحل محله دين جديد . وقد تكون الإنابة إنابة قاصرة (**délégation inparfaite**) ، وفيها لا ينقضي الدين الأصلي وإنما ينضم إليه دين جديد . وسنعود إلى تفصيل ذلك عند الكلام في الإنابة (انظر ما يلي فقرة ١١٨٨ وما بعدها) .

(٣) والحلول الاتفاقي يتضمن وفاء الدين من جهة وانتقاله إلى دائن جديد من جهة أخرى . وكل من الوفاء وانتقال الدين لا يقتضي أن يكون الاتفاق إلا بين طرفين اثنين لا بين الأطراف الثلاثة . فإما أن يتفق الدائن الجديد مع الدائن القديم على أن يوفيه الدين ويحل محله فيه ، أو يتفق الدائن الجديد مع المدين على الوفاء بالدين للدائن القديم وعلى قبول المدين إياه دائناً جديداً محل الدائن القديم . فأحد الطرفين في الحلول إذن هو دائماً الدائن الجديد ، والطرف الثاني إما أن يكون الدائن القديم أو أن يكون المدين .

١١٨٤ — الشرط الثالث — نية التجديد (animus novandi) :
تنص المادة ٣٥٤ مدنى على أن « ١ — التجديد لا يفترض . بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أوأن يستخلص بوضوح من الظروف . ٢ — وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك . ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لايتناول إلا زمان الوفاء أومكانه أوكيفيته . ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » . وتنص المادة ٣٥٥ مدنى على أنه « ١ — لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار . ٢ — وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص . فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك[1] » . ويخلص من هذه النصوص أن نية التجديد لاتفترض . إذ الأصل ألا يكون هناك تجديد حتى يقوم الدليل على العكس . فلابد إذن من أن تكون نية التجديد صريحة فى العقد ، أوفى التمليل لا بد أن تكون واضحة . وعند الشك لايعتبر آن هناك تجديداً[2] . فإضافة أجل أو شرط جزائى ، أو تقديم تأمين . أو تغيير مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة ، كل ذلك لا يكفى لاستخلاص نية التجديد . إلا إذا وجدت ظروف أخرى تدل فى وضوح على هذه النية[3]. ومجرد كتابة سند بدين كان غير مكتوب لا يعد تجديداً . بل هو تهيئة دليل على دين موجود فعلا . كذلك إبدال ورقة تجارية بورقة تجارية أخرى ، كإبدال كمبيالة بكمبيالة أوسند إذنى بكمبيالة أوكمبيالة بسند إذنى ، بغرض مد أجل الدين . أو تغيير

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م٣٥٢ — ٣٥٣ (مطابق) — الليبى م ٣٤١ — ٣٤٢ (مطابق) — العراق لا مقابل (ولكن الأحكام تتفق مع القواعد العامة) — اللبنانى م ٣٢٠ و٣٢٤ (موافق) .

(٢) نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٥ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٣ — ٢٧ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٧٣ ص ٦٤٣ — استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص ١٧ — استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م٢١ ص ٣٥٦ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥ — ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩.

(٣) استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٧ — استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٩ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨٨ .

سند الدين بكمبيالة أوسند إذنى ، لا يعد تجديداً[١] . وكذلك تحرير كمبيالة أو سند إذنى بثمن المبيع لا يعد تجديداً للثمن[٢] . بل يكون ضربا من التوثيق له ، ويبقى امتياز البائع قائما حتى بعد كتابة الكمبيالة أو السند ، وهذا مالم يتفق على التجديد . ويعد اتفاقا على التجديد أن يقر البائع أنه تسلم الثمن نقداً[٣] . ولايعتبر تجديداً الإقرار بدين بعد صدور حكم به ولو قيل فى الإقرار إنه لاينفذ الحكم[٤] إلا فى حالة عدم الوفاء ، ولا الإقرار المكتوب الصادر من المستأجر بالمتجمد فى ذمته من الأجرة فيبقى امتياز المؤجر ويتقادم الدين بخمس سنوات[٥] .

وإثبات نية التجديد تتبع فيه القواعد العامة للإثبات[٦] . وعبء الإثبات يقع على من يدعى التجديد لأن التجديد كما قدمنا لا يفترض . واستخلاص نية التجديد مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض[٧] .

---

(١) استئناف مصر ٩ نوفبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٠ ص ٦٤ – ١٤ مارس سنة ١٩٤٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٨ ص٨٩٥ – استئناف مختلط ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢ – ٧ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠٣ – ١٥ نوفبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٨ – ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤٩ – ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٨ .

(٢) استئناف مصر ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧ – ٢٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٤ ص ٥٤٧ – ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٢٨ ص ١٢٣٢ – استئناف مختلط ٥ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٣ – ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص ٤٠٥ – ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٣ – وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت العلاقة بين طرفى النزاع تقوم بصفة أصلية على عقد اتفاق، تحررت ببعض الدين الوارد فيه سندات إذنية وتنازل الدائن عن باقيه مع حفظ حقه فى الرجوع عن هذا التنازل إذا ما تخلف المدين عن الوفاء بأى سند منها ، فإن تحرير هذه السندات لا يعتبر تجديدا للدين (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥٣ ص ٣٨٦) .

(٣) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٩ .

(٤) استئناف مختلط ٩ مايوسنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١١ .

(٥) نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ١٦ ص ٥٦ .

(٦) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى استخلصت محكمة الموضوع من وقائع الدعوى توافر نية التجديد باستبدال شخص الدائن وتحرير سندصريح بالدين وأن الادعاء بصورية هذا التجديد لم يقم عليه دليل . وركن الحكم فى ذلك كله إلى عدة قرائن يكمل بعضها بعضا وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فإنه لا يجدى الطاعن مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها ، متى كان الحكم قد أقام قضاءه على أسباب سائغة كافية لحمله (نقض مدنى ١٥ نوفبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٦ ص ١٠١٢) .

(٧) نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣ .

ولايكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار قبل قطع رصيد الحساب ، لأن هذا التقييد لاينشئ التزاما جديداً . ولكن ذلك لا يمنع من أن الالتزام الذى أجرى تقييده فى الحساب الجارى تفنى ذاتيته باندماجه فى هذا الحساب وصيرورته قلما من أقلامه فى الجهة الدائنة أو الجهة المدينة بحسب الأحوال . ومن ثم ينقضى هذا الالتزام قبل أن يتم تجديده . والذى حل محله ليس التزاما جديداً فإن هذا لايكون إلا بعد قطع رصيد الحساب كما قدمنا . ولكن عنصرا حسابيا (article de crédit, élément de comptabilité) هو الدائنية أو المديونية التى تمثلها الالتزام فى الحساب الجارى . ويترتب على أن الالتزام ينقضى حتى قبل أن يتم التجديد أن تزول عنه صفته المدنية إذا كان دينا مدنيا ، ولايعود يخضع لسريان التقادم والذى يتقادم إنما هو رصيد الحساب بعد قطعه[1] . وكان ينبغى . إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، أن ينقضى هذا التأمين بانقضاء الالتزام ، حتى قبل التجديد . ولكن النص صريح كما رأينا (م ٢/٣٥٥ مدنى) فى أن التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك[2] . فإذا ما قطع رصيد الحساب الجارى وتم إقراره . فإن الرصيد يكون حقاً لأحد طرفى الحساب ودينا فى ذمة الآخر . وعند ذلك يتم تجديد جميع الالتزامات المقيدة فى الحساب الجارى . ويصبح هذا الرصيد هو الالتزام الجديد الذى حل محل الالتزامات المقيدة . وينتقل إلى الرصيد التأمين الخاص الذى كان يكفل الالتزام المقيد ، والذى رأيناه يبقى بالرغم من انقضاء هذا الالتزام . ذلك أن القانون يفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام ، فإذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه فأصبح مكفولا به . وغنى عن البيان أن هذا مجرد افتراض ، يجوز إسقاط دلالته عن طريق اتفاق

---

(١) ولا يتقادم الرصيد إلا بخمس عشرة سنة حتى لوكانت الالتزامات المقيدة تتقادم بأقل من هذه المدة (استئناف مصر ٣٠ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص ١٠٤ — ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٨٥ ص ١١٤) .

(٢) وقد كانت محكمة الاستئناف المختلطة تقضى بهذا المعنى فى عهد التقنين المدنى السابق ، بالرغم من أن هذا التقنين لم يكن يشتمل على نص فى ذلك (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٥٤ — ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣٥) .

الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام فى الحساب وانقضائه على هذا الوجه .

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على التجديد

١١٨٥ — انقضاء الالتزام الأصلى وحلول التزام جديد محله — التأمينات : قدمنا أن التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلى ونشوء التزام جديد يحل محله . أما التأمينات التى كانت تكفل الالتزام الأصلى ، فالأصل فيها أنها تزول مع هذا الالتزام الذى كانت تكفله . إلا أنه يجوز باتفاق خاص نقلها إلى الالتزام الجديد .

فنتكلم إذن فى مسألتين : (١) انقضاء الالتزام الأصلى ونشوء التزام جديد . (٢) انتقال التأمينات باتفاق خاص من الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد.

١١٨٦ — انقضاء الالتزام الأصلى ونشوء التزام جديد : تنص المادة ٣٥٦ مدنى على أنه « ١ — يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد . ٢ — ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل الالتزام الأصلى إلا بنص فى القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك»[1] . ويخلص من هذا النص أن التجديد يقضى الالتزام الأصلى ، وينشئ مكانه التزاما جديداً له صفاته ودفوعه وتأميناته الخاصة به . فقد يكون الالتزام الأصلى مدنيا وينشأ الالتزام الجديد تجاريا . وقد يكون الالتزام الأصلى غير منتج لفوائد وينتجها الالتزام الجديد ، وقد يكون الالتزام الأصلى غير ثابت فى سند قابل للتنفيذ ويثبت الالتزام الجديد فى ورقة رسمية فيكون قابلا للتنفيذ ، وقد يتقادم الالتزام الأصلى بمدة قصيرة ويتقادم الالتزام الجديد بمدة أطول . وقد يكون

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٥٤ (مطابق) — الليبى م ٣٤٣ (مطابق) — العراقى م ٤٠٣ (موافق) — اللبنانى م ١/٣٢٥ (موافق) .

الالتزام الأصلي مصدره عقد قابل للإبطال فيجوز دفعه بإبطاله . ويكون الالتزام الجديد مترتبا على تجديد هو إجازة للعقد القابل للإبطال فلا يجوز دفعه بهذا الدفع . وقد يكون الالتزام الأصلي مكفولا بتأمينات عينية أو شخصية . فتزول هذه التأمينات مع زواله ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بنص في القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك[1] . وإذا لم تنتقل تأمينات الالتزام الأصلي بقي الالتزام الجديد عاريا عن التأمينات ، إلا إذا كفل هو أيضاً بتأمينات مستقلة عن تأمينات الالتزام الأصلي [2] .

١١٨٧ — انتقال التأمينات باتفاق خاص من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد :

الالتزام الجديد : تنص المادة ٣٥٧ مدني على أنه « ١ — إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي . فإن الاتفاق على نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية : (أ) إذا كان التجديد بتغيير الدين . جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضررا بالغير . (ب) إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى إرضاء المدين القديم . (جـ) إذا كان التجديد بتغيير الدائن . جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات . ٢ — ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد . مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل » . وتنص المادة ٣٥٨ مدني

---

(١) وسنبين فيما يأتي (انظر ما يلي فقرة ١١٨٧) كيف تنتقل التأمينات إلى الالتزام الجديد بالاتفاق . أما انتقالها بنص القانون ، فمثله ما ورد في المادة ٣٥٥ مدني من أن الالتزام إذا قيد في حساب جار فإنه لا يتجدد إلا إذا قطع رصيد الحساب . فإذا كان مكفولا بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك . فهنا انتقل التأمين الخاص إلى رصيد الحساب بحكم القانون (انظر آنفاً فقرة ١١٨٤) .

(٢) وانقضاء الالتزام الأصلي مع نشوء التزام جديد هو التمييز الجوهري الذي يفرق من حيث الأثر بين التجديد من جهة والحوالة من جهة أخرى . ففي حوالة الحق والوفاء مع الحلول لا ينقضي الحق ، بل ينتقل بصفاته ودفوعه وتأميناته . وفي حوالة الدين ينتقل نفس الدين على النحو المتقدم .

على أنه « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة . عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون »[١] . ويخلص من هذه النصوص أن التأمينات التى كانت تكفل الالتزام الأصلى : (١) إما أن تكون تأمينات عينية قدمها المدين نفسه ، وهذا هو الغالب . (٢) أو تكون تأمينات عينية أو شخصية قدمها الغير ، ككفيل عينى أو كفيل شخصى .

١ – والمقصود بالتأمينات العينية التى قدمها المدين التأمينات الاتفاقية التى ارتضاها لكفالة دينه الأصلى ، فيدخل فى ذلك الرهن الرسمى ورهن الحيازة ، ولا تدخل حقوق الامتياز ولا حق الاختصاص . وتنتقل هذه التأمينات إلى الدين الجديد بمرتبتها الأصلية[٢] . ولا تنتقل بمجرد الاتفاق على التجديد ، بل لابد من اتفاق خاص على انتقالها . فإذا كان التجديد بتغيير الدين ، تم نقل التأمينات بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته ، أى باتفاق بين الدائن والمدين . وإذا كان التجديد بتغيير الدائن ، تم نقل التأمينات أيضاً بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته ، أى باتفاق بين المدين والدائن الأصلى والدائن الجديد . وإذا كان التجديد بتغيير المدين ، فقد رأينا أن التجديد فى هذه الصورة يتم تارة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد ، وطوراً باتفاق بين الدائن والمدين الأصلى والمدين الجديد . ونص القانون (م ٣٥٧ /١ حرف ب سالفة الذكر) لم يفرق بين الحالتين ، بل قضى بجواز أن يتفق الدائن والمدين الجديد على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضاء المدين القديم . فلا حاجة إذن إلى رضاء المدين القديم ، سواء اشترك فى التجديد أو لم يشترك ، ويصبح بعد انقضاء

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٥٥ – ٣٥٦ (مطابق) – الليبى م ٣٤٤ – ٣٤٥ (مطابق) – العراقى لا مقابل – اللبنانى م ٣٢٥/٢ و ٣ (مقارب) .

(٢) ولولم يبح القانون ذلك ، لما أمكن أصحاب الشأن أن يتفقوا إلا على تأمينات جديدة بعد أن تكون التأمينات الأصلية قد انقضت بالتجديد ، ولكانت مرتبة هذه التأمينات الجديدة من وقت الاتفاق عليها فلا تكون لها مرتبة التأمينات الأصلية . ولا شك فى أن انتقال التأمينات بمرتبتها الأصلية أمر استثنائى ، تبرره اعتبارات عملية . ففيه فائدة للدائن ، إذ تبقى له تأميناته القديمة حافظة لمرتبتها الأصلية ، ولولا ذلك لما كان غالبا يرضى بالتجديد . هذا إلى أن انتقال هذه التأمينات لا يضر بالمدين ، فهو قد سبق له أن قدمها لكفالة الالتزام الأصلى ، فلا عليه أن يستبقيها لكفالة الالتزام الجديد فى حدود الالتزام الأصلى . ولا يضر هذا الانتقال بالغير ، فسنرى (انظر ما يلى فى الفقرة) أن الغير قد كفل القانون مصلحته فلا يضار بهذا الانتقال .

دينه بالتجديد مع بقاء التأمينات تثقل ماله لكفالة الدين الجديد بمثابة كفيل عيني لهذا الدين . وقد عني القانون بحماية الغير حتى لا يضار بانتقال التأمينات . وذلك من ناحيتين : (أولا) لا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد . ذلك أنه لو تم التجديد قبل الاتفاق على نقل التأمينات لانقضى الالتزام الأصلي وانقضت معه التأمينات ولأفاد من انقضائها الغير وهو هنا دائن له تأمين عيني متأخر عن التأمين الذي كان يكفل الالتزام الأصلي . فلا يجوز أن يضار بعد ذلك بالاتفاق الذي يعقب التجديد على نقل التأمين . وتراعى فوق ذلك الأحكام المتعلقة بالتسجيل ، فيؤشر على هامش القيد الذي يشهر التأمين العيني بأن هذا التأمين أصبح يكفل الالتزام الجديد . (ثانيا) لا يجوز أن يكفل التأمين من الالتزام الجديد إلا بمقدار ما كان يكفل من الالتزام الأصلي . فلو كان الالتزام الجديد أكبر قيمة وكفل التأمين الالتزام الجديد كله ، لتضرر الغير صاحب التأمين المتأخر إذ يرى التأمين المتقدم عليه قد زاد عبؤه عن ذي قبل(١) .

٢ – وقد يكون الغير هو الذي قدم التأمينات ، بأن كان كفيلا عينيا أو كفيلا شخصيا أو مدينا متضامنا . ففي جميع هذه الأحوال لا يجوز انتقال التأمين العيني أو الشخصي إلا برضاء الغير الذي رتب هذا التأمين ، فإنه لم يكفل إلا التزاما بعينه هو الالتزام الأصلي ، فحتى يكفل التزاما غيره ولو كان أقل قيمة لا بد من رضائه بذلك . ويراعى في حماية الغير هنا ما سبق أن قررناه في خصوص التأمينات العينية التي قدمها المدين .

المبحث الثاني

الإنابة في الوفاء

(Délégation)

١١٨٨ – علاقة الإنابة في الوفاء بالتجديد : قد تنطوي الإنابة في

---

(١) وهذا المحظور إنما يتحقق في التجديد بتغيير الدين ، دون التجديد بتغيير المدين أو بتغيير الدائن .

الوفاء على تجديد بتغيير المدين ، بل وعلى تجديد بتغيير الدائن أيضاً كما سنرى[١]. ولكنها قد لا تنطوى على أى تجديد ، فتكون الإنابة فى الوفاء عندئذ نظاما مستقلا كل الاستقلال عن التجديد . وسنبحث أولا كيف تتم الإنابة فى الوفاء ، انطوت على تجديد أو لم تنطو . ثم نبحث الآثار التى تترتب على الإنابة فى الوفاء فى صورتيها : صورة التجديد وصورة النظام القانونى المستقل عن التجديد .

المطلب الأول

كيف تتم الإنابة فى الوفاء

١١٨٩ — الإنابة تفترض أشخاصا ثلاثة : تنص المادة ٣٥٩ مدنى على ما يأتى : « ١ — تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين . ٢ — ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى »[٢] . ويستخلص من هذا النص أن الإنابة تقتضى وجود أشخاص ثلاثة : (١) المنيب (délégant) وهو المدين الذى ينيب الشخص الأجنبى ليفى الدين إلى الدائن . (٢) المناب (délégué) وهو هذا الشخص الأجنبى الذى ينيبه المدين للوفاء بالدين . (٣) المناب لديه (délégataire) وهو الدائن الذى ينيب المدين الشخص الأجنبى لديه ليفى له الدين .

والغالب أن يكون المنيب مدينا للمناب لديه ، ولذلك ينيب المناب فى وفاء هذا الدين . والغالب أيضاً أن يكون المنيب دائنا للمناب ، ولذلك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمناب لديه ، فيتخلص المناب بهذا الوفاء من الدين الذى فى ذمته للمنيب[٣]. على أنه ليس من الضرورى أن يكون المنيب مدينا للمناب

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١١٩٠ فى الهامش .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٥٧ (مطابق) — الليبى م ٣٤٦ (مطابق) — العراقى م ٤٠٥ (مطابق) — اللبنانى م ٣٢٦ / ١ و ٢ (موافق) .

(٣) فإذا باع شخص عقارا مرهونا ، وأصبح البائع دائنا بالثمن للمشترى ، جاز للبائع أن يفى بدين المضمون بالرهن عن طريق الإنابة فى الوفاء ، ويتم ذلك بأن ينيب البائع المشترى فى الوفاء =

لديه . وإنما أراد أن يتبرع له بمال ليس عنده أو أراد أن يقرضه إياه . فقصد المناب وطلب إليه أن يلتزم بإعطاء هذا المال للمناب لديه . وقد يكون المناب غير مدين للمنيب . ومع ذلك يرضى بأن ينوب عنه فى الوفاء بدينه للمناب لديه على أن يرجع عليه بعد ذلك بما وفاه عنه . وقد يكون متبرعا فلا يرجع على المنيب بشيء[١] .

١١٩٠ — قد تتضمن الانابة تجديدا وقد لا تتضمن — الانابة الكاملة والانابة القاصرة :

والانابة الكاملة والانابة القاصرة : والإنابة على النحو الذى بيناه قد تتضمن تجديداً بتغيير المدين . فإذا كان المنيب مدينا للمناب لديه ، وقبل المناب أن يكون مدينا للمناب لديه مكان المنيب ، سميت الإنابة فى هذه الحالة إنابة كاملة (délégation parfaite) لأنها تتضمن تجديداً بتغيير المدين[٢] . فإذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغيير المدين ، بل بقى المنيب مدينا للمناب لديه إلى جانب المناب ، وصار للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد ، سميت الإنابة فى هذه الحالة إنابة قاصرة (délégation inparfaite) . وهى قاصرة إذ هى لم تبرئ ذمة المنيب نحو المناب لديه ، فى حين أن الإنابة الكاملة قد أبرأت ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد . والإنابة القاصرة هى التى يغلب وقوعها فى العمل[٣] . فإن المناب لديه قل أن يبرئ ذمة المنيب ويأبى إلا أن

= بهذا الدين للدائن المرتهن ، ويكون البائع منيبا والمشترى منابا والدائن المرتهن منابا لديه . وتكون هناك علاقة مديونية أولى بين المناب والمنيب إذ المشترى مدين بالثمن للبائع ، وعلاقة مديونية ثانية بين المنيب والمناب لديه إذ البائع مدين للدائن المرتهن (انظر استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٢) . وقد وجدت علاقة مديونية ثالثة بين المناب والمناب لديه ، إذ المشترى يصبح مدينا مديونية مباشرة للدائن المرتهن (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٢) .

(١) وتتم الإنابة عادة باتفاق بين المنيب والمناب ، ولابد أيضاً من قبول المناب لديه . وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس من الضرورى أن يكون المناب لديه طرفا فى الاتفاق الذى يتم بين المنيب والمناب ، بل يكفى قبول الإنابة . وليس لهذا القبول شكل خاص ولا وقت معين ، بل يكفى لقيام الإنابة أن يقبلها المناب لديه فى أى وقت مادام لم يحصل العدول عنها من طرفيها (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٢٠ ص ١٤٣) .

(٢) وقد تنطوى هذه الإنابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن ، إذا كان المناب مدينا للمنيب وجدد هو الآخر دينه فجعل دائنه هو المناب لديه بدلا من المنيب .

(٣) وهى التى تفترض إلا إذا قام الدليل على العكس . وقد قضت محكمة النقض بأن تجديد =

يستبقيه ويضيف إليه المناب مدينا جديداً (١) .

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على الإنابة فى الوفاء

§ ١ – الإنابة الكاملة أو التجديد بتغيير المدين

١١٩١ – العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ مدنى على أنه « إذا اتفق المتعاقدون فى الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديداً ، كانت هذه الإنابة تجديداً للالتزام بتغيير المدين . ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا وألا يكون المناب معسراً

= الالتزام لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف . فإذا كان الدائن قد اتفق مع الغير على حلوله محل المدين فى الوفاء بالدين ، وعلى أنه إذا سدد جزءاً من الدين تنازل الدائن عن الباقى تنازلا معلقا على شرط فاسخ هو سداد ذلك الجزء فى ميعاد معين ، بحيث إذا لم يتم السداد فى الميعاد عاد للدائن حقه فى مطالبة المدين الأصلى بجميع الدين ، وكان هذا الاتفاق خلواً مما يدل دلالة واضحة على اتفاق أطرافه على تجديد الدين بتغيير المدين تجديداً من شأنه أن يبرئ ذمة المدين الأصلى ، فإن الاتفاق لا يكون منطويا على تجديد الدين ، وإنما على إنابة قاصرة انضم بمقتضاها مدين جديد إلى المدين الأصلى ولا تبرأ بها ذمة المدين إلا إذا وفى أحدهما الدين . وللدائن أن يرجع على أيهما بكل الدين دون أن يتقيد فى هذا الرجوع بترتيب معين ، ولا يجوز لمن يحصل الرجوع عليه منهما أن يدفع بحق التجديد (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام القضاء ١٣ رقم ٨٠ ص ٥٢٨) .

(١) والعبرة فى معرفة ما إذا كانت الإنابة كاملة أو قاصرة هى بأن تتضمن تجديداً بتغيير المدين أو لا تتضمن . أما التجديد بتغيير الدائن فليس من شأنه أن يجعل الإنابة كاملة ، فقد لا يتفق على التجديد بتغيير المدين فتكون الإنابة قاصرة حتى لو اتفق على التجديد بتغيير الدائن . على أن الغالب أن الإنابة إذا تضمنت تجديداً كان التجديد من الجهتين ، بتغيير المدين وبتغيير الدائن فى وقت واحد .

ويمكن الوصول إلى الإنابة القاصرة عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، فيشترط المنيب على المناب أن يقوم بوفاء الدين للمناب لديه ، فينشأ عند ذلك للمناب لديه حق مباشر يستطيع بموجبه أن يستوفى حقه من المناب . على أن الإنابة القاصرة تفضل الاشتراط لمصلحة الغير فى أن المناب لديه لا يحتج عليه بالدفوع المستمدة من العلاقة ما بين المنيب والمناب . أما فى الاشتراط لمصلحة الغير فيحتج عليه بالدفوع المستمدة من عقد الاشتراط الذى تم بين المنيب والمناب .

وقت الإنابة »(١) . ونرى من هذا النص أن الإنابة الكاملة ، وهى تجديد للدين بتغيير المدين ، تبرئ ذمة المنيب نحو المناب لديه . ويشترط لانقضاء التزام المنيب أن ينشأ الالتزام الجديد المترتب فى ذمة المناب للمناب لديه صحيحا . ولذلك لايضيف النص المتقدم فى هذا الصدد جديداً .

ولكنه يضيف جديداً عندما يشترط أيضاً « ألاّ يكون المناب معسراً وقت الإنابة » . ذلك أن الأصل فى تجديد الدين بتغيير المدين أنه متى نشأ الالتزام الجديد صحيحا ، فقد انقضى الالتزام القديم ، ولايرجع الدائن إلا على المدين الجديد . فإذا كان هذا معسراً ، سواء كان معسراً عند التجديد أوأعسر بعد ذلك ، فإن الدائن هو الذى يتحمل تبعة هذا الإعسار ، ولا رجوع له على المدين الأصلى إلا إذا كان قد اشترط عليه ذلك عند التجديد . أما فى الإنابة الكاملة ، فقد جعل القانون للدائن (المناب لديه) حق الرجوع على المدين (المنيب) إذا كان المدين الجديد (المناب) معسراً وقت الإنابة . وذلك دون حاجة إلى اشتراط ذلك عند الإنابة . فقد افترض القانون أن هذه هى نية ذوى الشأن ، وأن المناب لديه لم يقبل الإنابة مع التجديد ، وما يستتبع ذلك من براءة ذمة المنيب ، إلا وهو حاسب أن المناب موسر وقت الإنابة على الأقل . فإذا تبين أنه كان معسراً فى هذا الوقت ، رجع المناب لديه على المنيب ، ولكن لا بدعوى ضمان ، بل بدعوى الدين الأصلى . ذلك أن المناب لديه وقع فى غلط جوهرى عندما رضى بالإنابة حاسبا أن المناب غير معسر ، فإذا ما أبطل الإنابة للغلط رجع الالتزام الأصلى الذى كان له فى ذمة المنيب بما كان يكفله من تأمينات .

١١٩٢ — العلاقة ما بين المنيب والمناب : قدلا تكون هناك مديونية سابقة ما بين المنيب والمناب ، فعند ذلك ، وبعد أن أصبح المناب مدينا للمناب لديه ، يستطيع الرجوع على المنيب بدعوى شخصية ، هى دعوى الوكالة إن كانت الإنابة بتفويض من المنيب ، أوهى دعوى الفضالة أو فى القليل دعوى الإثراء بلا سبب . وهذا كله ما لم يكن المناب قد انصرفت نيته إلى التبرع ، فعندئذ لا يرجع بشىء على المنيب .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٥٨/١ (مطابق) – الليبى م٣٤٧/١ (مطابق) – العراقى م ٤٠٦/١ (موافق) – اللبنانى م ٣٢٧ (موافق) .

أما إذا كان المناب مدينا للمنيب ، فالغالب أن يكون قد قصد تجديد الدين الذى فى ذمته للمنيب عن طريق تغيير الدائن . ويكون قد وفى هذا الدين بالالتزام الجديد الذى نشأ فى ذمته للمناب لديه . فلا يرجع على المنيب بشيء . وقد لا يقصد المناب تجديد دينه بتغيير الدائن . فعند ذلك يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . وقد تقع مقاصة — إذا توافرت شروطها — ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين الذى فى ذمة المناب للمنيب ، فينقضى هذا الدين عن طريق المقاصة إن كان لا ينقضى عن طريق التجديد .

١١٩٣ — العلاقة ما بين المناب لديه والمناب : تنص المادة ٣٦١ مدنى على أن « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع . ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره »[١] .

ويخلص من هذا النص أن الالتزام الجديد الذى فى ذمة المناب للمناب لديه لا يجوز أن يدفع بالدفوع التى كان المناب يستطيع أن يتمسك بها قبل المنيب فى الدين الذى للمنيب فى ذمة المناب . ويعتبر هذا الالتزام الجديد الذى فى ذمة المناب للمناب لديه التزاما مجردا (obligation abstraite) . فإذا لم يجعل المناب ، باتفاق واضح ، التزامه نحو المناب لديه خاضعا لالتزامه نحو المنيب ، ولم يبين عند قبوله الإنابة أنه لم يرض بها إلا بسبب أنه مدين للمنيب وأنه إنما يفى بهذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه ، كان التزامه نحو المناب لديه منبت الصلة بالتزامه نحو المنيب[٢] . ويترتب على ذلك أنه يبقى ملتزما نحو المناب لديه عن طريق التجديد ، حتى لو ثبت أن التزامه نحو المنيب باطل لأى سبب من أسباب البطلان ، أو أن هذا الالتزام قد انقضى لأى سبب من أسباب الانقضاء ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٥٩ (مطابق) — الليبى ٣٤٨ (مطابق) — العراقى م ٤٠٧ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل .

(٢) أما فيما بين الالتزام الذى فى ذمة المناب للمناب لديه والالتزام الذى كان فى ذمة المنيب للمناب لديه فالعلاقة وثيقة ، فإن الأول قد حل محل الثانى عن طريق التجديد . ويكون انقضاء الالتزام الثانى متوقفا على نشوء الالتزام الأول صحيحا ، كما أن نشوء الالتزام الأول متوقف على انقضاء الالتزام الثانى . وهذا هو الأمر فى شأن كل تجديد .

أو أن هناك أى دفع آخر يمكن أن يدفع به هذا الالتزام[1] . ويجب عليه فى كل حال أن يفى بالتزامه نحو المناب لديه ، ثم إذا ثبت أن التزامه نحو المنيب لاوجود له لبطلانه أو لانقضائه أو لأى سبب آخر ، رجع بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب على المنيب . كما كان يرجع لولم تكن بين الاثنين مديونية سابقة

§ ٢ – الإنابة القاصرة

١١٩٤ – **العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه** : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ مدنى على ما يأتى : « ومع ذلك لايفترض التجديد فى الإنابة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد ، قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول »[2] . ويخلص من هذا النص أنه فى النيابة القاصرة يبقى المنيب مدينا للمناب لديه . ولاتبرأ ذمته إلا إذا وفى المناب الالتزام الجديد الذى فى ذمته للمناب لديه ، أوإلا إذا وفى المنيب نفسه للمناب لديه الدين الأصلى الذى فى ذمته . وبمجرد أن يقوم أحدهما – المناب أو المنيب – بالوفاء للمناب لديه ، تبرأ ذمة الآخر . وللمناب لديه أن يرجع على المنيب بالدين الأصلى بما يكفله من تأمينات قبل أن يرجع على المناب . كما أن له أن يرجع على المناب بالالتزام الجديد قبل أن يرجع على المنيب ، فليس يلتزم فى الرجوع على أيهما بترتيب معين .

١١٩٥ – **العلاقة ما بين المنيب والمناب** : إذا لم تكن هناك مديونية سابقة بينهما ، وقد أصبح المناب مدينا للمناب لديه ، فإنه إذا وفاه هذا الدين قبل أن يوفيه المنيب المدين الأصلى ، كان للمناب حق الرجوع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال . ما لم يكن متبرعا فلا يرجع بشىء .

---

(١) استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٥٨/٢ (مطابق) – الليبى م ٣٤٧/٢ (مطابق) – العراقى م ٤٠٦/٢ (مطابق) – اللبنانى م ٣٢٦/٣ (موافق) .

أما إذا كان المناب مدينا للمنيب . فيجوز أن يكون قد قصد تجديد هذا الدين بتغيير الدائن . فإذا ما وفى المناب الدين للمناب لديه ، لم يرجع على المنيب بشيء . أما إذا كان المنيب هو الذى وفى الدين الأصلى للمناب لديه ، فإنه يرجع على المناب بما كان له من دين فى ذمته لأن التجديد بتغيير الدائن ينفسخ . وقد لا يقصد المناب تجديد دينه قبل المنيب . فيبقى هذا الدين قائما فى ذمته . ويرجع به عليه المنيب إذا كان هو الذى قام بالوفاء للمناب لديه . أما إذا كان المناب هو الذى قام بالوفاء للمناب لديه . كان له حق الرجوع على المنيب . وقد تقع مقاصة إذا توافرت شروطها ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين فى ذمة المناب للمنيب.

١١٩٦ — العلاقة ما بين المناب لديه والمناب : هذه هى السمة البارزة فى الإنابة القاصرة . فإن المناب يكون مدينا جديداً للمناب لديه ، فيكون إذن للمناب لديه مدينان . مدينه الأصلى وهو المنيب والمدين الجديد وهو المناب . ويستطيع المناب لديه كما رأينا أن يرجع على أيهما دون أن يلتزم بترتيب معين ، فإذا وفاه أحدهما برئت ذمة الاثنين معاً نحوه . ثم يرجع المناب على المنيب أو لا يرجع بحسب الأحوال . طبقا للقواعد التى أسلفناها[١].

ويلاحظ أنه إذا كان للمناب لديه مدينان . فإن كل مدين منهما مصدر دينه مستقل عن مصدر دين الآخر : مصدر دين المنيب هو مصدر الالتزام الأصلى ، ومصدر دين المناب هو عقد الإنابة . ومن ثم لا يكون هناك تضامن بين المدينين[٢] . كذلك لا يعتبر المناب كفيلا للمنيب ، فقد قدمنا أن للمناب لديه أن يرجع عليه أولا وليس له أن يدفع بحق التجريد .

والدين الذى أنشأته الإنابة فى ذمة المناب للمناب لديه هو دين مجرد (obligation abstraite) لا يتأثر بالدين الذى يكون فى ذمة المناب

---

(١) ويترتب على ماقدمناه أنه إذا كان المناب مدينا للمنيب ، فالتزم نحو المناب لديه فى مقابل الدين الذى فى ذمته للمنيب ، اجتمعت ديون ثلاثة : دين المنيب للمناب لديه ، ودين المناب للمنيب ، ودين المناب للمناب لديه . فإذا قضى المناب الدين للمناب لديه ، انقضت هذه الديون الثلاثة فى وقت واحد.

(٢) ولما كان الدينان لهما محل واحد بالرغم من اختلاف المصدر ، يدل على ذلك أن الوفاء بأحدهما يقضى الدين الآخر ، أمكن القول بأنه إذا لم يكن هناك تضامن بين المدينين ، فهناك تضام بينهما ، فهما مدينان بالتضام (In solidum) لا بالتضامن (انظر آنفاً فقرة ١٠٢٦) .

للمنيب . شأن الإنابة القاصرة فى ذلك هو شأن الإنابة الكاملة فيما قدمناه . فإذا كان الدين الذى فى ذمة المناب للمنيب باطلا . أوكان قد انقضى . أوكان يصح دفعه بأى دفع آخر . فليس لأى شيء من هذا أثر فى الدين الذى فى ذمة المناب للمناب لديه . وإذا وفى المناب الدين للمناب لديه ، وكان التزامه هو نحو المنيب باطلا أوكان قد انقضى ، فإنه يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال . كما يكون الأمر فيما لو لم يكن هناك مديونية سابقة فيما بينهما . وغنى عن البيان أن للمناب أن يشترط فى الإنابة جعل التزامه نحو المنيب سببا لالتزامه نحو المناب لديه ، وعندئذ يسقط التزامه نحو المناب لديه إذا تبين أن التزامه نحو المنيب كان باطلا أو كان قد انقضى أو كان يمكن دفعه بأى دفع آخر .

وإذا كان الدين الذى للمناب لديه على المناب لايتأثر بالدين الذى للمنيب على المناب . فإنه على النقيض من ذلك يتأثر بالدين الذى للمناب لديه على المنيب ، إذ أن محل الدينين محل واحد كما قدمنا ، فالدفوع التى يمكن أن يدفع بها أحدهما يدفع بها الآخر . ذلك أن المناب لديه لما اتخذ مدينين ، المنيب والمناب ، لم يقصد أن يضاعف الدين الذى له ، وليس هناك وجه لهذه المضاعفة . بل هو قد قصد أن يتقاضى الدين الذى له من أى المدينين . فإذا تقاضاه من أحدهما برئت ذمة الآخر . فالدينان متصلان أحدهما بالآخر أوثق الاتصال ، وإذا كان الدين الذى للمناب لديه على المنيب باطلا أو قابلا للإبطال أوكان يمكن أن يدفع بأى دفع آخر . جاز للمناب فى الدين الآخر الذى فى ذمته للمناب لديه أن يدفع رجوع هذا عليه بكل هذه الدفوع (١) .

---

(١) وكان القضاء المختلط مطرداً فى هذا المعنى . فقد قضى : (أولا) بأنه لا يجوز للمناب أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب ، ومن ثم يكون هنا التزام المناب مجردا (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ – ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ – ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١) . (ثانيا) بأنه يجوز للمناب أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التى تكون للمنيب فى مواجهة المناب لديه ، ومن ثم لا يكون التزام المناب هنا مجردا (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٨ – ٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٤ – أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٨) .

الفرع الثالث

المقاصة(*)

(Compensation)

١١٩٧ — المقاصة أداة وفاء وأداة ضمان : إذا أصبح المدين دائنا لدائنه وكان محل كل من الدينين المتقابلين نقود أو مثليات متحدة فى النوع والجودة ، وكان كل من الدينين خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء ، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما عن طريق المقاصة . فالمقاصة إذن هى أداة وفاء . وهى فى الوقت ذاته أداة ضمان[1] .

أما أنها أداة وفاء . فذلك ظاهر مما قدمناه ، بل هى أداة تبسيط فى الوفاء . فهى تقضى دينين فى وقت معاً دون أن يدفع أى مدين من المدينين إلى دائنه شيئاً . إلا من كان دينه أكبر فيدفع لدائنه الفرق . ومن ثم كان للمقاصة شأن كبير فى المعاملات التجارية حيث الحاجة تشتد إلى السرعة فى التعامل والاقتصاد فى الإجراءات . وهذا الحساب الجارى ، وهو من دعائم التجارة ، يقوم على أساسين ، المقاصة ثم التجديد . فتقع المقاصة أولا بين الحساب الدائن والحساب المدين . ثم يتخلف عن المقاصة رصيد هو الذى يقع فى شأنه التجديد . وهذه غرف المقاصة (chambres de compensation) تقوم عملياتها على إجراء المقاصة بين ما للمصارف وما عليها ، فيستغنى بذلك عن نقل العملة من مصرف إلى مصرف ثم ردها بعد ذلك إلى المصرف الذى خرجت منه .

وأما أن المقاصة أداة ضمان ، فذلك ظاهر من أن الدائن الذى يستوفى حقه من الدين الذى فى ذمته لمدينه إنما يختص بهذا الدين الذى فى ذمته دون غيره من

(*) مراجع : جوسلان (Jousselin) فى المقاصة القانونية والمقاصة القضائية رسالة من باريس سنة ١٩٠٠ — كاسان (Cassin) فى الدفع المستخلص من عدم التنفيذ فى الروابط التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — نيكيه (Nicket) فى مفعول المقاصة (du jeu de la compensation) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٤ — نستيانى (Nestianu) فى المقاصة فى القانون المدنى الألمانى رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ .

(١) وتغلب القوانين اللاتينية فكرة الوفاء ، أما القوانين الجرمانية فتغلب فكرة الضمان .

دائنى المدين . فيستوفى حقه منه متقدما عليهم جميعا . وهو . وإن كان دائنا عاديا يكون على هذا النحو فى حكم الدائن المرتهن أو الدائن ذى حق الامتياز . والدين الذى فى ذمته فى حكم المال المرهون المخصص لوفاء حقه . فتكون المقاصة من هذا الوجه أداة ضمان(١) .

١١٩٨ — المقاصة القانونية والمقاصة القضائية والمقاصة الاختيارية : وكانت المقاصة فى القانون الرومانى مقاصة قضائية لابد من التمسك بها أمام القضاء . ويجوز للقاضى ألا يحكم بها إذا رأى أن البت فى الدين المقابل يستغرق وقتا طويلا وإجراءات معقدة . ولكنها انتقلت إلى التقنين المدنى الفرنسى مقاصة قانونية تتم بحكم القانون بمجرد تلاقى الدينين المتقابلين . ولا يملك القاضى إلا أن يقضى بالمقاصة بمجرد توافر شروطها(٢) . ويوجد إلى جانب هذين النوعين من المقاصة ما يعرف بالمقاصة الاختيارية . وهى مقاصة تتم بإرادة أحد الطرفين أو بإرادتيهما معاً ، إذا نزل صاحب الشأن عن شرط من شروط المقاصة لم يتوافر مادام هذا الشرط مقرراً لمصلحته .

وأهم هذه الأنواع الثلاثة هى المقاصة القانونية . وهى التى عنى المشرع ببسط أحكامها تحت عنوان « المقاصة » . وقصد بهذا التعبير المقاصة القانونية دون غيرها . فنبدأ ببحثها . ونبحث بعد ذلك النوعين الآخرين : المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية .

---

(١) والمقاصة ، كأداة ضمان ، تقرب فى مهمتها من الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . ومما يوثق العلاقة بين هذه النظم الثلاثة أن منشأها واحد فى القانون الرومانى . فقد كان كل منها يقوم على الدفع بالغش .

(٢) أما التقنينات الجرمانية فلم تأخذ لا بالمقاصة القانونية التى أخذ بها التقنين المدنى الفرنسى . ولا بالمقاصة القضائية التى كان يأخذ بها القانون الرومانى . بل جعلت المقاصة رهينة بإعلان عن الإرادة يصدر من أحد الطرفين الآخر ، فتقع المقاصة بموجب هذه الإرادة المنفردة متى كانت شروط المقاصة متوافرة دون أن يكون للقاضى حق التقدير . وتعتبر المقاصة قد وقعت بأثر رجعى من وقت توافر هذه الشروط ، لا من وقت الإعلان عن الإرادة .

وقد اختار التقنين المدنى المصرى فى المقاصة النظام اللاتينى جريا على تقاليده . فأخذ بالمقاصة القانونية كما هى معروفة فى التقنين المدنى الفرنسى . وإذا كان قد نص على ألا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، فنرى أن المقصود أن ينتفى عن المقاصة أنها من النظام العام ، فلا يصح للقاضى أن يقضى بها من تلقاء نفسه ، بل لابد أن يتمسك بها ذو المصلحة فيها .

المبحث الأول

المقاصة القانونية

(Compensation légale)

١١٩٩ – المسائل التي يتناولها البحث : نبحث في المقاصة القانونية – وإذا أطلقنا لفظ « المقاصة » انصرفت إلى المقاصة القانونية – موضوعين رئيسيين : (١) الشروط الواجب توافرها في المقاصة . (٢) كيف يكون إعمال المقاصة ، وما هي الآثار التي تترتب عليها .

المطلب الأول

شروط المقاصة

١٢٠٠ – شروط ستة : تنص المادة ٣٦٢ مدني على أنه « ١ – للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل منهما خاليا من النزاع ، مستحق الأداء ، صالحا للمطالبة به قضاء . ٢ – ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن »[١] . ويخلص من هذا النص أن هناك شروطا خمسة للمقاصة : (١) التقابل ما بين الدينين . (٢) التماثل في المحل ما بين الدينين . (٣) صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء . (٤) خلو الدينين من النزاع . (٥) استحقاق الدينين للأداء . ونضيف شرطا سادسا هو أن يكون كل من الدينين قابلا للحجز عليه ، وهو شرط يؤخذ من الحالات الواردة في المادة ٣٦٤ مدني وسيأتي ذكرها[٢] ، حيث تقرر هذه المادة أن المقاصة لا تقع « إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز » . ولما كان الاعتبار الذي امتنعت من أجله

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣٦٠ (مطابق) – الليبي م ٣٤٩ (مطابق) – العراقي م ٤٠٨ – ٤٠٩ (موافق) – اللبناني م ٣٢٨ – ٣٣٠ (موافق) .

(٢) انظر ما يلي فقرة ١٢٠٢ .

المقاصة فى هذه الحالة يرجع إلى طبيعة الدين لا إلى مصدره . فيحسن جعل هذه الحالة ضمن شروط المقاصة ، وانتزاعها من الحالات الأخرى التى ترجع إلى مصدر الدين لا إلى طبيعته .

١ – فيجب أولا لوقوع المقاصة أن يكون هناك دينان متقابلان ، أى أن يكون كل من طرفى المقاصة مدينا بشخصه للآخر وفى الوقت ذاته دائنا بشخصه له ، فيتقابل الدينان وينقضيان بالمقاصة . فإذا كان (ا) قد أقرض (ب) ألفا ، ثم اشترى منه سيارة بألف ، وقعت المقاصة بين مبلغ القرض وثمن السيارة .

ويترتب على ذلك أنه لا يكون هناك محل للمقاصة إذا كان أحد الطرفين مدينا للآخر بصفته الشخصية ودائنا له بصفته وليا أو وصيا أو قيما أو وكيلا أو وارثا ، أو كان الأمر على العكس من ذلك[1]. ولا تقع المقاصة بين دين للشركة فى ذمة أجنبى ودين للأجنبى فى ذمة أحد الشركاء[2] . ولا تقع المقاصة فى دين على الوقف لمدين المستحق فيه ، ولا فى دين على المستحق فى الوقف لمدين الوقف[3] .

ومتى وجد دينان متقابلان على هذا النحو وقعت المقاصة ، حتى لو كان أحد الطرفين أو كلاهما لم تتوافر فيه لا أهلية الوفاء ولا أهلية الاستيفاء ، لأن المقاصة واقعة مادية وليست تصرفا قانونيا .

٢ – ويجب ثانيا التماثل فى المحل ما بين الدينين ، أى أن يكون محل كل من الدينين نقوداً أو أشياء مثلية من نوع واحد ومن درجة واحدة فى الجودة . فلا تجوز المقاصة فى دينين محل أحدهما قطن من نوع الكرنك ومحل الآخر قطن من نوع الأشمونى ، ولو كان السعر محدداً فى البورصة . ولا تجوز المقاصة بداهة

---

(١) نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧ – ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٠ ص ٥٢٣ .

(٢) نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧ (وقد سبقت الإشارة إليه) – استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧٥ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٦ – والدولة وإن كانت شخصا اعتباريا واحدا ، تتفرع إلى جهات متميزة فيما يتعلق بالمقاصة ، فلا يجوز لمن كان دائنا لمصلحة حكومية ومدينا لمصلحة حكومية أخرى أن يطلب المقاصة فى مواجهة المصلحة الأخيرة .

فى دينين محل كل منهما عمل أو امتناع عن عمل مهما تشابهت هذه الأعمال ، فلابد إذن لإمكان المقاصة أن يكون محل كل من الدينين التزاما بنقل الملكية .

٣ — ويجب ثالثا صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء . فالالتزام الطبيعي لا يقبل المقاصة فى التزام مدنى . بل ولا فى التزام طبيعي مثله . لأن المقوم الرئيسى للالتزام الطبيعي هو أن المدين فيه لا يجبر على الوفاء . والمقاصة وفاء إجبارى للدين فتتعارض مع طبيعة الالتزام الطبيعي . وإذا كان أحد الدينين قد مضت عليه مدة التقادم فإنه لا يصلح للمقاصة حتى قبل أن يتمسك المدين بالتقادم فيصبح التزاما طبيعيا ، فإن الدين الذى مضت عليه مدة التقادم لا يصلح للمطالبة به قضاء لأنه قابل للدفع بالتقادم . ولا يصلح الدين الذى مضت عليه مدة التقادم للمقاصة به فى دين آخر . حتى لو كان هذا الدين الآخر هو نفسه قد مضت عليه مدة التقادم . بل الذى يقع فى هذه الحالة أن كل مدين يتمسك بسقوط دينه بالتقادم . فيسقط الدينان معاً ، ولكنهما يسقطان بالتقادم لا بالمقاصة . وما تخلف عن كل منهما التزام طبيعي لا يصلح للمقاصة فى الالتزام الطبيعي الذى تخلف عن الالتزام الآخر ، لما سبق أن قدمناه من أن الالتزام الطبيعي لا يقاص حتى فى التزام طبيعي مثله[1] .

٤ — ويجب رابعا خلو الدينين من النزاع . والمراد بخلو الدين من النزاع أمران[2] : (١) أن يكون هذا الدين محققاً لا شك فى ثبوته . فإذا قامت

---

(١) ولا يستخلص من هذا الشرط أنه إذا كان هناك دين أقوى من دين آخر لم تجز المقاصة بين الدينين . إذا كان المقصود بالدين الأقوى دينا أكثر توثيقا أو أبعد مدى أو أقوى نفاذا من ناحية الواقع لا من ناحية الطبيعة القانونية . فالمقاصة تقع بين دينين أحدهما أقوى من الآخر بهذا المعنى ، مادام الدينان و الحين المطالبة بهما قضاء . فيقاص الدين المكفول بتأميناته فى دين لا تأمين له . والدين الذى ينتج فائدة فى دين لا ينتجها ، والدين المشمول بسند قابل للتنفيذ فى دين مشمول بهذا السند . أما إذا كان التفاوت فى القوة راجعا إلى الطبيعة القانونية للدين ، كما رأينا فى الدين الطبيعي والدين المدنى ، وكما سنرى فى الحق القابل للحجز والحق غير القابل له . فإن المقاصة تصبح غير ممكنة .

(٢) نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ — استئناف وطنى ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ٤٠٩ — ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٤ — استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٣ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٦ — ١٦ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٠٢ .

فيه من المدين منازعة جدية لم يكن خاليا من النزاع . ولم تقع المقاصة[١].

(ب) أن يكون الدين معلوم المقدار (liquide) . فالدين غير معلوم المقدار لايصلح للمقاصة . ومن ثم لا يجوز للمضرور فى عمل غير مشروع أن يقاص حقه فى التعويض قبل تقديره فى دين عليه للمسئول[٢] . ولايعتبر الدين معلوم المقدار إذا كان تعيينه يتوقف على تسوية معقدة[٣] أوعلى تقدير خبير . ولايصبح معلوم المقدار إلا بعد إجراء التسوية أوبعد الحكم فى تقدير الخبير[٤].

---

(١) وليس من الضرورى حتى يكون الدين متنازعاً فيه أن ترفع به دعوى أمام القضاء . بل يكفى أن تقوم فى شأنه منازعة جدية ولو خارج القضاء . وكل دين غير محقق الوجود يكون فى حكم الدين المتنازع فيه ، إذ يجمع بينهما معنى الشك فى وجود الدين . فالدين المعلق على شرط واقف هو دين غير محقق الوجود . فلا تقع المقاصة بينه وبين دين آخر ولو كان هذا الدين الآخر هو أيضاً معلق على شرط واقف . ذلك أن أحد الدينين أوكليهما قد يوجد وقد لا يوجد . والمقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجبارى كما قدمنا . ولا جبر فى وفاء دين معلق على شرط واقف قبل أن يتحقق الشرط (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٣٦ — وانظر آنفاً فقرة ٥٠٩ فى الهامش) . أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين محقق الوجود وإن لم يكن محقق البقاء . فتقع المقاصة بينه وبين دين آخر . فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ زالت المقاصة وعاد الدين المقابل إلى الوجود بأثر رجعى (استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٥ — وانظر آنفاً فقرة ٥١٤ فى الهامش) .

(٢) ولكن إذا كان المسئول هو نفسه الذى يتمسك بالمقاصة ، فليس للمضرور أن يتمسك بعدم وقوعها بسبب عدم تقدير حقه . وتكون المقاصة فى هذه الحالة مقاصة اختيارية (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٣) .

(٣) كما يقع أحيانا فى تصفية شركة ، وتصفية تركة ، أوتصفية حسابات الأوصياء .

(٤) وإذا كان تعيين مقدار الدين إنما يتوقف على عملية عناصرها ثابتة لا خلاف فيها ، وهى بعد سهلة الإجراء ، كأجرة عيادة الأطباء وكحساب جار محدد العناصر ولا ينقصه لتحديد الرصيد إلا عملية حسابية بسيطة ، فإن الدين يعتبر معلوم المقدار وتصح فيه المقاصة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمقاصة أجرة ثابتة فى محصول ورده المستأجر للمؤجر بكميات محددة وبمخالصات من المؤجر (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٦) . وقد يكون الدين بعضه ثابت وبعضه متنازع فيه أوغير معلوم المقدار ، فيجوز للقاضى أن يحكم بالمقاصة فى الجزء الثابت ويستبقى الجزء الآخر حتى يتم تقديره . ويجوز للقاضى كذلك فى الدين المتنازع فيه أن يحدد مقدارا منه هو الحد الأدنى لما يعتبره القاضى ثابتا فى ذمة المدين ، ويقضى بالمقاصة فى هذا المقدار مقاصة قانونية لا مقاصة قضائية ، إذا لم ير ضرورة للانتظار حتى يفصل فى الدين كله .

وهناك طريقة يستطيع من كان له دين متنازع فيه أن يلجأ إليها إلى أن يفصل فى النزاع ، فتتم المقاصة . وذلك أن يوقع حجزاً تحت يد نفسه ، بالدين الذى له وهو الدين المتنازع فيه ، على =

٥ — ويجب خامسا استحقاق الدينين للأداء . لأن المقاصة وفاء إجبارى كما قدمنا . ولا يجبر المدين على الوفاء إلا عند استحقاق الدين . فلا تجوز المقاصة بين دين مؤجل ودين حال ، ولا بين دينين كلاهما مؤجل . على أن نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى للمدين ، وهى أجل ، لا تمنع من المقاصة كما قدمنا[١] . إذ أن القاضى قد منحها للمدين على اعتبار أنه غير قادر على الوفاء بدينه فوراً . فإذا تبين أنه قادر على الدفع عن طريق المقاصة وقعت المقاصة قبل انقضاء الأجل . ومثل نظرة الميسرة الأجل الذى تبرع به الدائن ، فهو أيضاً لا يمنع من وقوع المقاصة ولو قبل انقضائه ، لنفس الأسباب المتقدمة. وإذا كان الدين مؤجلا . وحل الأجل بانقضاء مدته أو بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه أو بضعف التأمينات أو بعدم تقويمها ، فقد أصبح الدين صالحا للمقاصة . أما إذا حل الأجل بشهر إفلاس المدين أو بشهر إعساره ، فإن الدين لا يصبح مع ذلك صالحا للمقاصة . لأن المقاصة ضرب من الوفاء فلا تقع بعد الإفلاس أو الإعسار .

٦ — ويجب سادسا وأخيراً أن يكون كل من الدينين قابلا للحجز ، لأن المقاصة وفاء إجبارى والحق غير القابل للحجز لا يمكن إجبار صاحبه على وفاء دينه به لعدم قابليته للحجز . فإذا كان للمدين دين نفقة فى ذمة دائنه ، لم يستطع الدائن أن يمتنع عن دفع دين النفقة بدعوى المقاصة بين هذا الدين والدين الذى له فى ذمة المدين . كذلك لا تمكن المقاصة بين المرتبات بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل . كما إذا كان صاحب العمل دائناً للعامل بما قدمه له من مأكول ولباس وسكنى ونحو ذلك ، فلا يستطيع صاحب العمل أن يمتنع عن دفع القدر غير القابل للحجز من أجرة العامل بدعوى المقاصة بين هذه الأجرة وتلك الديون[٢] .

= الدين الذى فى ذمته لمدينه والذى يرمى إلى إجراء المقاصة فيه . ويجوز الحجز هنا بدين متنازع فيه ، على أن يقدر القاضى الدين تقديراً موقتا . فإذا ما فصل فى مقدار الدين فى دعوى تثبيت الحجز ، أصبح الدين خاليا من النزاع ، ووقعت المقاصة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حجز المدين تحت يد نفسه بدين له على الدائن ، فبمجرد تثبيت الحجز تقع المقاصة بين الدينين (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٠) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٦٥ .

(٢) ولا تجوز المقاصة بين حق رب العمل فى ذمة العامل وحق العامل فى التعويض عن =

١٢٠١ — ما لا يدخل في الشروط : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٦٢ مدني تقرر إمكان المقاصة « ولو اختلف سبب الدينين » . والمقصود بسبب الدين هنا هو مصدره . فتجوز إذن المقاصة بين دين مصدره عقد، ودين مصدره عمل غير مشروع . أو بين دين مصدره نص في القانون ودين مصدره الإثراء بلا سبب . وهكذا . كل ذلك إذا توافرت شروط المقاصة على الوجه الذي بيناه . فاتحاد مصادر الدينين ليس إذن بشرط في وقوع المقاصة بينهما .

وتنص المادة ٣٦٣ مدني على أنه « يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين . ولكن يجب في هذه الحالة أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك[1] » . ونخلص من هذا النص أنه لا ضرورة . لوقوع المقاصة . أن يكون الدينان المتقابلان واجبي الأداء في مكان واحد . فإذا فرض أن شخصا دائن لآخر بألف واجب الدفع في القاهرة . والآخر دائن للأول بألف واجب الدفع في باريس . وقد توافرت شروط المقاصة في الدينين . وتمسك الأول بالمقاصة . لم يحل اختلاف مكان الوفاء دون وقوعها . غير أن الدائن الآخر . الذي كان يجب أن يستوفى حقه في باريس . قد حرم من جراء المقاصة أن يكون عنده الألف في هذه المدينة ذاتها . فيستطيع . بالرغم من وقوع المقاصة . أن يرجع على الأول بمصروفات نقل هذا المبلغ من القاهرة إلى باريس . وإذا فرض أن الآخر هو الذي تمسك بالمقاصة . وهو مدين بألف في القاهرة ودائن بألف في باريس . جاز للأول أن يرجع عليه بمصروفات نقل الألف من باريس إلى القاهرة .

١٢٠٢ — الديون التي لا تقع فيها المقاصة : تنص المادة ٣٦٤ مدني على أن « تقع المقاصة في الديون أياً كان مصدرها . وذلك فيما عدا الأحوال الآتية :

= إصابات العمل . لأن قانون إصابات العمل قد نص في المادة ٢/٨ منه على عدم جواز الحجز على المبالغ المستحقة تعويضا للعامل المصاب .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣٦١ (مطابق) — الليبي م ٣٥٠ (مطابق) — العراقي لا مقابل (ولكن التقنين العراقي لم يذكر اتحاد مكان الوفاء ضمن شروط المقاصة ، فهو إذن ليس بشرط) — اللبناني م ٢/٣٣٠ (موافق) .

(أ) إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه ، وكان مطلوبا رده . (ب) إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أومعارا عارية استعمال . وكان مطلوبا رده . (ج) إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز »[1]. وهذا النص يمنع المقاصة في ديون ينظر في بعضها إلى مصادرها . وينظر في بعض آخر إلى طبيعة الدين وهى عدم القابلية للحجز . وقد فصلنا هذه الحالة الأخيرة عن بقية الحالات . وألحقناها بشروط المقاصة فيما قدمناه . فلم يبق إلا الحالتان اللتان فيهما ينظر القانون إلى مصدر الدين .

ففي الحالة الأولى يكون للدائن دين محله نقود أومثليات كقطن أوقمح . ويمتنع المدين عن وفاء دينه في ميعاد استحقاقه . فيعمد الدائن . بدلا من أن يقاضى المدين ويطالبه بحقه . إلى أن ينتزع منه ما يماثل دينه من النقود أو المثليات . قاصداً بذلك أن يستوفى حقه بيده[2] . ولاشك في أن انتزاع الشيء عنوة من يد المدين دون رضائه لايعتبر وفاء ، ويصبح الدائن مدينا بموجب العمل غير المشروع برد النقود أو المثليات التي انتزعها . ولما كانت هذه معادلة لحقه . فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن تقع فيها المقاصة مع الحق الذي له في ذمة المدين . ولكن القانون منع المقاصة هنا . إمعانا منه في الضرب على أيدى الدائنين الذين ينتزعون حقوقهم بأيديهم من مدينيهم وكان الواجب أن يلجأوا إلى القضاء .

وفي الحالة الثانية يكون أحد الدينين شيئا مودعا أومعارا عارية استعمال . وصورة الوديعة أن يودع المدين عند دائنه نقودا لايأذن له في استعمالها (م٧٢٦

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٦٢ (مطابق) – الليبى م ٣٥١ (مطابق) – العراقى م ٤١٠ – ٤١١ (ويورد التقنين العراقى حالتى الغصب والوديعة دون حالة العارية) – اللبنانى م ٣٣١ (موافق – ويورد التقنين اللبنانى حالة رابعة هى حالة ما إذا عدل المدين مقدما عن المقاصة ، فيجوز – خلافا للتقنين المصرى – النزول مقدما عن المقاصة) .

(٢) والانتزاع يتم بطرق مختلفة . فقد يتم بطريق السرقة خلسة ، أوبطريق النصب ، أو بطريق خيانة الأمانة ، وهذه كلها جرائم معاقب عليها . وقد يتم . لا بطريق جريمة معاقب عليها . ولكن بطريق عمل غير مشروع يرتب الالتزام بالرد ، وذلك بأن يغتصب الدائن من مدينه الشيء ، لا خلسة ولا نصبا ولا تبديداً ، ولكن عنوة . وقد يخبره وهو يغتصب الشيء أنه إنما يستوفى به حقه . ذلك أن الاستيفاء لا يكون عن طريق الغصب .

مدنى) . وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة . ويكون حق الدائن فى ذمة مدينه نقوداً أيضاً . فتتوافر شروط المقاصة . ولكن لا يجوز للدائن . بالرغم من توافر هذه الشروط . أن يتمسك بالمقاصة فيمتنع عن رد الوديعة(١). ذلك أن المدين قد ائتمنه على وديعته . فلا يجوز الإخلال بهذه الثقة ولو عن طريق التمسك بالمقاصة (٢) . وإنما يجب على الدائن أن يرد الوديعة للمدين ويطالبه بعد ذلك بالدين الذى فى ذمته . ويمكن أيضاً أن تتحقق صورة الوديعة . حتى لو كانت وديعة كاملة . فى الفرض الآتى : يودع المدين عند دائنه عينا معينة بالذات . فتهلك بتقصير من الدائن . فيكون الدائن مدينا بالتعويض لمدينه ، ويقدر هذا التعويض اتفاقا أو قضاء . فإذا تم الأمر على هذا الوجه كانت شروط المقاصة متوافرة ، وبالرغم من توافرها لا يجوز للدائن أن يتمسك بها لأن أحد الدينين وهو التعويض مصدره عقد وديعة . أما العارية فهى أصعب تصوراً من الوديعة . ولابد من أن نفرض أن المدين بمبلغ من النقود قد أعار دائنه عينا معينة بالذات لأن المثليات لا تعار بل تقرض . فهلكت العين المعارة بتقصير من الدائن . فأصبح مسئولا عن التعويض . ثم قدر هذا التعويض اتفاقا أو قضاء . وأصبحت شروط المقاصة متوافرة . وبالرغم من توافرها لا يجوز التمسك بالمقاصة . ومن ثم لا يجوز للدائن أن يمتنع عن دفع التعويض للمعير بحجة المقاصة . وعليه أن يدفعه له ويطالبه بعد ذلك بالدين الذى له فى ذمته(٣) .

---

(١) ويستوى فى ذلك أن تكون الوديعة لاحقة لحق الدائن . أو سابقة على هذا الحق . وكذلك الأمر فى العارية . فيما سنرى .

(٢) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ – المنصورة ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٤٠ ص ١٤٤٨ – وقد تكون الوديعة أسهما أو سندات فلا تجوز فيها المقاصة (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ١٧٧) .

(٣) والنص مقصور على عقدى الوديعة والعارية . فلا يتعدى إلى غيرهما من العقود كعقد الوكالة مثلا . فإذا تسلم الوكيل نقوداً لحساب الموكل . وقعت المقاصة إذا توافرت شروطها بين هذه النقود وبين ما قد يكون للوكيل فى ذمة الموكل من دين يتعلق مثلا بالمصروفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة .

المطلب الثانى

كيف يكون إعمال المقاصة وما هى الآثار التى تترتب عليها

§ ١ – كيف يكون إعمال المقاصة

١٢٠٣ — وجوب التمسك بالمقاصة : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدنى على ما يأتى : « لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها »(١). ويخلص من هذا النص أن ذا المصلحة فى المقاصة يجب أن يتمسك بها . والتمسك هنا ليس هو إعلان الإرادة فى إجراء المقاصة كما هو الأمر فى القوانين الجرمانية ، بل إن المقاصة تقع بحكم القانون بمجرد تلاقى الدينين ولو من غير علم أصحاب الشأن . ولكن لما كانت المقاصة ليست من النظام العام بل هى مقررة لمصلحة الطرفين ، فلا يجوز أن يحكم بها القاضى من تلقاء نفسه حتى لو علم بوقوعها . وإنما يجب على ذى المصلحة أن يتمسك بها(٢) . فإذا لم يتمسك بها صاحب المصلحة مع علمه بوقوعها . أمكن تأويل ذلك بأنه قد نزل عنها بعد ثبوتها . وهذا جائز كما سنرى .

ويصح التمسك بالمقاصة فى أية حالة كانت عليها الدعوى . ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف(٣). بل يصح التمسك بالمقاصة حتى بعد صدور حكم نهائى وفى أثناء إجراءات التنفيذ(٤). ذلك أن المقاصة تقع بحكم القانون كما قدمنا ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م٣٦٣/١ (مطابق) – الليبى م٣٥٢/١ (مطابق) – العراق م٤١٣ (موافق – ولم يذكر التقنين العراقى أنه لا يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها) – اللبنانى م ٣٣٢ (موافق – والمادة ٣٣١ من التقنين اللبنانى تجيز النزول مقدما عن المقاصة) .

(٢) أما فى القوانين اللاتينية فيجوز للقاضى أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه .

(٣) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ – ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ .

(٤) ويطلب الخصم وقف إجراءات التنفيذ حتى يحكم قاضى الموضوع فى وقوع المقاصة (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٩) ، وذلك حتى ولو لم تقع المقاصة إلا بعد صدور الحكم النهائى (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩) .

والتمسك بها ليس إلا إعلانا للتماضي أن ذا المصلحة يطلب الحكم بوقوعها(١) . بل ويمكن التمسك بالمقاصة خارج مجلس القضاء . ولايعتبر هذا التمسك تصرفا قانونيا كما في القوانين الجرمانية . إنما هو إشعار للطرف الآخر بوقوع المقاصة (٢) .

١٢٠٤ — جواز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها : تقدم أن المقاصة ليست من النظام العام ، بل هي مقررة لمصلحة الطرفين . فيجوز إذن لمن تقررت لمصلحته أن ينزل عنها بعد ثبوت حقه فيها(٣). والذي ينزل عن المقاصة هو ذو المصلحة فيها ، وقد يكون نزوله عنها ضمنيا ويكون ذلك عادة بعدم التمسك بها مع علمه بوقوعها كما سبق القول . ويعتبر نزولا ضمنيا أيضاً عن المقاصة وفاء المدين طوعا بحق الدائن . كما يعتبر نزولا ضمنيا أن يكون الدين حالا فيقبل الدائن إضافته إلى أجل فينزل بذلك عن مقاصته في دين عليه لمدينه(٤) . ومتى نزل صاحب المصلحة عن حقه في التمسك بالمقاصة(٥) ،

---

(١) أما حكم القاضي فليس إلا كاشفا عن وقوع المقاصة . وإذا كان الدين متنازعا فيه ، ثم حسم النزاع بحكم ، وتمسك ذو الشأن بالمقاصة القانونية ، اعتبرت المقاصة واقعة من وقت حسم النزاع (قارن استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ — ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٩) .

(٢) ولكن لا يجوز التمسك بالمقاصة لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن الدفع بالمقاصة ليس من النظام العام (نقض مدنى ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩١ ص٧٠٣) .

(٣) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ٨٣ . وفي القانون الفرنسي يجوز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها وقبل ثبوت هذا الحق . والنزول بعد ثبوت الحق أشد إشكالا في نظر الفقه الفرنسي من النزول قبل ثبوته . ذلك أن المقاصة بعد ثبوت الحق تكون قد قضت الدينين من وقت تلاقيهما بحكم القانون ، فكيف يمكن بعد ذلك النزول عن المقاصة وعودة الدينين بعد انقضائهما !

(٤) وكل طلب يتقدم به المدين ، أو دفع يتمسك به ، ويكون متعارضا مع وقوع المقاصة ، يمكن اعتباره نزولا ضمنيا عن التمسك بها (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص ٤٩) . ولكن النزول عن المقاصة لا يفترض ، فمجرد سكوت المدين عن التمسك بها في مرحلة من مراحل الدعوى لا يفيد حتما النزول عنها ، بل له كما قدمنا أن يتمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف . فإذا سكت عن التمسك بها مع علمه بوقوعها في جميع مراحل الدعوى حتى صدر حكم نهائي ، فإن هذا السكوت هو الذي يمكن تأويله بأنه نزول ضمني عن المقاصة .

(٥) والنزول عن المقاصة يقطع سريان التقادم بالنسبة إلى الدين الذي كان ينقضي بالمقاصة =

فإن له أن يتقاضى حقه من مدينه كاملا . وعليه أن يؤدى الدين الذى فى ذمته لهذا المدين[١] . فبعد أن كانت المقاصة قد قضت الدينين معاً منذ تلاقيهما ، فإن النزول عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات . وذلك دون إضرار بحقوق الغير . فلو أن أحد الدينين كان مضمونا بكفيل شخصى أوكفيل عينى . فانقضت الكفالة بالمقاصة . ثم نزل المدين فى هذا الدين عن التمسك بالمقاصة . فإن الدين يعود . ولكن لا تعود الكفالة .

أما قبل ثبوت الحق فى المقاصة — أى قبل تلاقى الدينين وتوافر الشروط — فإنه لا يجوز لذى الشأن أن ينزل مقدما عن الحق فى التمسك بها . لأن هذا الحق لم يثبت حتى يمكن النزول عنه . كذلك لا يصح للمدين وقت أن يعقد الدين أن ينزل مقدما عن جواز انقضاء هذا الدين بالمقاصة . وعدم جواز النزول مقدما عن المقاصة حكم ورد صريحا فى الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدنى ، فقد رأيناها تقضى بأنه لا يجوز النزول عن التمسك بالمقاصة قبل ثبوت الحق فيها . ويوجه هذا الحكم أن المقاصة شرعت لتحقيق أغراض جوهرية . فهى وفاء إجبارى مبسط . وهى فى الوقت ذاته تأمين للدين . فلا يجوز تفويت هذه الأغراض الهامة بالنزول مقدما عن المقاصة . وإلا أصبح النزول شرطا مألوفا فى التعامل (clause de style) . ثم إن الواجب ألا يصح النزول إلا عند ثبوت الحق فى المقاصة . حتى يتبين من ينزل عن حقه موقفه . فينزل وهو على بصيرة من أمره .

١٢٠٥ — حالة من حالات النزول الضمنى عن المقاصة بعد ثبوتها :

وتنص المادة ٣٦٩ مدنى على أنه « إذا وفى المدين دينا وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له . فلا يجوز أن يتمسك إضرارا بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه . إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق »[٢]. وهذا النص يفرض أن المدين

= لولا هذا النزول ، ذلك أن النزول عن التمسك بانقضاء الدين بالمقاصة يكون بمثابة إقرار بهذا الدين ، فيعود الدين ويسرى فى حقه تقادم جديد .

(١) وقد ينزل أحد المدينين عن المقاصة ولكن يتمسك بها المدين الآخر ، فتقع المقاصة بالرغم من نزول المدين الأول عنها . فيكفى إذن لوقوع المقاصة أن يتمسك بها أحد المدينين ، وإذا أريد للمقاصة ألا تقع وجب أن ينزل عنها المدينان معاً .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٦٧ (مطابق) — الليبى م ٣٥٦ (مطابق) — العراق م ٤١٦ (موافق) اللبنانى لا مقابل .

وفى دينه للدائن ، بالرغم من وجود حق له فى ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاص به دينه فلم يفعل . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

أولا — إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم بوجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين ، فيعتبر هذا نزولا ضمنيا منه عن التمسك بالمقاصة ، ومن ثم ينقضى الدين الذى كان فى ذمة المدين بالوفاء ، ويعود للمدين حقه الذى كان قد انقضى بالمقاصة بعد أن نزل عنها ولا يعود من التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير . فلا تعود الكفالة الشخصية أو العينية ، ولا يضار دائن مرتهن متأخر فى المرتبة عن مرتبة الرهن الذى كان يكفل الحق . وقد تقدم بيان ذلك[1] .

ثانيا — إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، وعليه هو يقع إثبات ذلك ، فهنا لا يمكن القول بالنزول الضمنى عن التمسك بالمقاصة . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن يقال إن المقاصة قد وقعت بحكم القانون فانقضى بها دين المدين ، فإذا دفعه بعد ذلك يكون قد دفع دينا قد انقضى ، فيسترد ما دفع وفقا لقواعد استرداد غير المستحق . ولا يرجع بحقه وبما يكفل هذا الحق من تأمينات ، لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت معه تأميناته . ولكن القانون جعل من جهل المدين بوجود حقه المكفول بتأمينات عذراً مقبولا ، فحفظ له قصده ، واعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم فى ذمته لا على أنه وفاء لدين قد انقضى بالمقاصة ، لاسيما أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها وهو هنا لم يتمسك بها لأنه كان يجهلها . وما دامت المقاصة لم تقع ، فإن حق المدين فى ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات ، ولو كانت هذه التأمينات كفالة شخصية أو كفالة عينية وأضر بقاؤها بالغير ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين[2] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢٠٤ .

(٢) على أن المدين مخير بين الرجوع بحقه بما كان يكفله من تأمينات ، وبين أن يعتبر نفسه متمسكاً بالمقاصة بعد أن علم بها فيكون قد دفع دينا انقضى بالمقاصة ويرجع بدعوى استرداد غير المستحق . وقد تكون له مصلحة فى الرجوع بهذه الدعوى الأخيرة إذا كان الدائن قد استوفى الدين وهو سيء النية ، فيرجع المدين عليه بالفوائد .

§ ٢ – الآثار التي تترتب على المقاصة

١٢٠٦ – أثر المقاصة فيما بين الطرفين : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٥ مدنى على ما يأتى : « ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما . منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة . ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء »[1]. ويخلص من هذا النص أن المقاصة تقضى الدينين معاً إذا كانا متساويين[2]. وتنقضى تبعا لذلك التأمينات التى كانت تكفل أيا منهما[3]. ومن ثم يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين المكفول ودائنه[4]. أما المدين المكفول فليس له أن يطلب المقاصة بما فى ذمة الدائن للكفيل[5] . وإذا كان الدينان غير متساويين . ونفرض أن أحدهما ألف والآخر سبعمائة ، انقضى الدين الآخر كله وانقضى من الدين الأول سبعمائة فيبقى منه ثلثمائة . وهنا نرى أن صاحب الدين الأول قد أجبر على الاستيفاء الجزئى . ولكن ليس له أن يشكو من ذلك . فإنه لو استوفى حقه كاملا وهو ألف لوجب عليه أن يؤدى منه فى الحال سبعمائة للطرف الآخر ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢/٣٦٣ (مطابق) – الليبى م ٢/٣٥٢ (مطابق) – العراقى م ٤١٣ (موافق) – اللبنانى م ٣٣٢ – ٣٣٤و٣٣٦ (مقارب).

(٢) فلو كان أحدهما أو كلاهما ينتج فائدة ، فإن الفوائد تنقطع من وقت الانقضاء أى من وقت تلاقى الدينين ، لا من وقت التمسك بالمقاصة . فإذا كان أحد الدينين ينتج فائدة سعرها أكبر من سعر الفائدة التى ينتجها الدين الآخر ، أو كان أحد الدينين ينتج فائدة والدين الآخر لا ينتج فائدة ما ، فإن انقطاع الفوائد يفيد المدين الذى ينتج دينه فائدة ، أو ينتج فائدة أكبر ، أكثر مما يفيد الدين الآخر .

(٣) ولكن يجب التأشير على هامش القيد بزوال التأمين ، حتى يكون زواله ساريا فى حق الغير .

(٤) وهذا صحيح حتى لو كان الكفيل الشخصى متضامنا مع المدين ، فإن التضامن لا يخرجه عن أن يكون كفيلا التزامه تابع لالتزام المدين الأصلى ، فمتى انقضى الالتزام الأصلى انقضى التزام الكفيل .

(٥) ولكن يجوز للكفيل ، إذا رجع عليه الدائن ، أن يدفع بالمقاصة بين الدين المكفول ودين له فى ذمة الدائن . وله بعد ذلك أن يرجع على المدين الأصلى بما وفاه من دينه على هذا النحو . أما المدين المتضامن فقد رأينا ، عند الكلام فى التضامن ، أنه يستطيع أن يدفع بالمقاصة الواقعة بين الدائن ومدين متضامن آخر . ولكن بقدر حصة هذا المدين .

فلا يبقى له إلا ثلثمائة وهو عين المبلغ الباقى له فى ذمة الطرف الآخر بعد إعمال المقاصة . وله أن يستوفيه فوراً [1] .

وتقع المقاصة منذ تلاقى الدينين المتقابلين متوافرة فيهما شروطها . فلا يتأخر وقوعها إلى وقت التمسك بها . بل هى مقاصة قانونية تقع بحكم القانون ولو بدون علم صاحب الشأن كما سبق القول . فإذا كان أحد الدينين أو كلاهما محلا للنزاع أو غير معلوم المقدار ، وقعت المقاصة من وقت حسم النزاع [2] أو من وقت تحديد مقدار الدين . وإذا كان أحد الدينين أو كلاهما مؤجلا . وقعت المقاصة من وقت حلول الأجل . وقس على ذلك سائر الشروط [3] . وتبقى المقاصة واقعة والدينان منقضيين . حتى لو تخلفت الشروط أو بعضها بعد ذلك عند التمسك بالمقاصة . وقد أوردت المادة ٣٦٦ مدنى مثلا على ذلك . فنصت على أنه « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة . فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم . مادامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة [4] » . وهذا النص يفترض أن هناك دينين متقابلين تلاقيا . متوافرة فيهما شروط المقاصة . قبل أن تمضى عليهما بطبيعة الحال مدة التقادم . وعند التمسك بالمقاصة . كانت مدة التقادم قد انقضت بالنسبة إلى أحد الدينين . ولما كانت العبرة فى وقوع المقاصة بالوقت الذى تلاقى فيه الدينان صالحين للمقاصة . لا بوقت التمسك بالمقاصة . فإن الدينين فى وقت تلاقيهما لم يكن قد مضت على أى منهما مدة التقادم .

---

(١) وإذا كان أحد الدينين دون نصاب الاستئناف والآخر يبلغ النصاب . جاز رفع استئناف عن الحكم الصادر فى الدين الأول بالرغم من أنه لا يبلغ النصاب . لأن الحكم تناول الدين الآخر وهو يبلغه (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٢٠٣ فى الهامش .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن الوفاء الذى يحصل بالمقاصة يستلزم قانونا تحديد الدين الذى تجرى فيه المقاصة فى التاريخ المعتبر مبدأ لتنفيذها مضافا إليه فوائده السابقة على هذا التاريخ . فإذا كان الحكم قد أضاف فوائد لاحقة للتاريخ المذكور فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣ ص ٤٣) .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٦٤ (مطابق) – الليبى م ٣٥٣ (مطابق) – العراقى م ٤١٤ (موافق) – اللبنانى م ٣٣٢ (موافق) .

ذو قعت المقاصة بينهما وانقضيا . ومن ثم يجوز التمسك بالمقاصة ، حتى لو كان وقت التمسك بها قد تقادم أحد الدينين بالتقادم . لأن العبرة كما قلنا بوقت تلاقى الدينين لا بوقت التمسك بالمقاصة(١) .

وقد يتلاقى دين صالح للمقاصة من جهة مع ديون متعددة متقابلة معه من جهة أخرى هى أيضاً صالحة للمقاصة . بأن يكون مثلا فى ذمة أحد المدينين للآخر ألف . وفى ذمة الآخر للأول دينان أحدهما ألف غير مكفولة والثانى ألف مكفولة بتأمين عينى . فتقع المقاصة بين الدين الذى فى ذمة المدين الأول وأحد الدينين المقابلين له . ويتعين هذا الدين المقابل طبقا للقواعد المقررة فى تعيين جهة الدفع التى سبق بيانها عند الكلام فى الوفاء . على أنه يجب أن نستبعد من هذه القواعد ما يرجع التعيين فيه إلى إرادة المدين أو إلى إرادة الدائن . فالمقاصة وفاء إجبارى يقع لا بإرادة المدين ولا بإرادة الدائن . ويبقى من هذه القواعد ما يرجع التعيين فيه إلى حكم القانون . وفى المثل المتقدم أحد الدينين غير مكفول والدين الآخر مكفول بتأمين عينى . فهذا الدين الآخر . وهو الدين الأشد كلفة . هو الذى تقع فيه المقاصة (٢) .

١٢٠٧ — أثر المقاصة بالنسبة إلى الغير : لا تقع المقاصة إضرارا بحقوق كسبها الغير . وقد أورد التقنين المدنى تطبيقين لهذا المبدأ .

١ — فنصت المادة ٣٦٧ مدنى على أنه « ١ — لا يجوز أن تقع المقاصة إضرارا بحقوق كسبها الغير . ٢ — فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم

---

(١) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢١ ص ٥٠ — استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩ . أما إذا كان قد مضى على كل من الدينين ، وقت التمسك بالمقاصة ، مدة التقادم ، فقد يرى الطرفان أنهما فى غير حاجة إلى التمسك بالمقاصة لأن كلا منهما يستطيع أن يتمسك بالتقادم . ولكن لا يزال لهما حق التمسك بالمقاصة مادامت شروطها قد توافرت قبل انقضاء مدة التقادم ، والتمسك بالمقاصة خير لهما من التمسك بالتقادم . لأن التمسك بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعى لا يتخلف عن التمسك بالمقاصة .

(٢) وغنى عن البيان أننا نفترض فى المثل المتقدم أن الدينين المقابلين فى جهة وجدا أولا ، ثم وجد الدين المقابل فى الجهة الأخرى . أما إذا وجد أحد الدينين أولا ثم وجد الدين المقابل ، أو وجد الدين المقابل أولا ثم وجد أحد الدينين ، فقد تلاقى بذلك دينان متقابلان وانقضيا بالمقاصة . فإذا وجد الدين الآخر بعد ذلك ، لم يكن هو الدين الذى ينقضى بالمقاصة حتى لو كان الدين المكفول .

أصبح المدين دائنا لدائنه ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضرارا بالحاجز »(١). فلو أن شخصا في ذمته دين لشخص آخر ، ووقع حجز تحفظي على هذا الدين من دائن للدائن ، ثم نشأ بعد ذلك دين للمدين في ذمة الدائن صالح للمقاصة بالدين الأول ، فلا تقع المقاصة بين الدينين . ذلك أن في وقوعها إضرارا بحق الدائن الحاجز ، وهو من الغير في المقاصة . وكما أن المدين الذي وقع تحت يده الحجز لا يستطيع أن يوفي الدين المحجوز عليه للدائن بعد توقيع الحجز ، كذلك هو لا يستطيع أن يوفيه بعد توقيع الحجز بحق له في ذمة الدائن عن طريق المقاصة . على أنه يجوز للمدين الذي وقع الحجز تحت يده ، فامتنعت عليه المقاصة ، أن يوقع هو أيضاً حجزاً تحفظيا تحت يد نفسه ، فيشترك بذلك مع الدائن الحاجز الأول في اقتضاء حقه من الدين الذي في ذمته . ولكنه يشترك في ذلك مع الدائن الحاجز الأول شركة الغرماء (٢) .

٢ — ونصت المادة ٣٦٨ مدني على أنه « ١ — إذا حول الدائن حقه للغير ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل . ٢ — أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة »(٣) . فيجب إذن التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) أن تكون الحوالة قد سرت في حق المدين بقبوله لها . فإذا قبل المدين الحوالة مع وجود حق له في ذمة المحيل كان يستطيع أن يقاص به الدين موضوع الحوالة ، وكان قبوله للحوالة دون تحفظ ، فقد تعلق بالدين المحال به حق المحال له ، ولا يجوز أن تقع المقاصة إضرارا بهذا الحق (٤).

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣٦٥ (مطابق) — الليبي م ٣٥٤ (مطابق) — العراقي م ٤١٥ (مطابق) — اللبناني م ٣٣٥ (موافق) .

(٢) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٠ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣٦٦ (مطابق) — الليبي م ٣٥٥ (مطابق) — العراقي م ٤١٧ (موافق) — اللبناني م ٣٣٥ (موافق) .

(٤) ويستوي أن يكون المدين المحال عليه عالما وقت قبوله للحوالة بالحق الذي له في ذمة المحيل أو غير عالم بذلك . فإن كان عالما وقبل مع ذلك الحوالة دون تحفظ ، فقد نزل عن المقاصة ، ويعود له حقه نحو المحيل دون أن تعود التأمينات . وإن كان غير عالم ، فإن المقاصة تمتنع أيضاً لأنه قبل الحوالة دون تحفظ فتعلق حق الغير بالدين ، ولكن يعود للمدين مع حقه الذي عاد له قبل المحيل التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق (م ٣٦٩ مدني — وانظر آنفاً فقرة ١٢٠٥) .

(الفرض الثانى) أن تكون الحوالة قد سرت فى حق المدين بإعلانها له لا بقبوله لها . وفى هذا الفرض لم يكن فى استطاعة المدين تلافى الإضرار بالغير . كما كان يستطيع فى الفرض الأول عندما قبل الحوالة دون تحفظ وكان ينبغى أن يتحفظ . ومن ثم وجب إعمال المقاصة بين الدينين بعد أن تلاقيا صالحين لها قبل إعلان الحوالة . وتكون الحوالة قد وردت على حق انقضى بالمقاصة فتقع باطلة(١) .

المبحث الثانى

المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

§ ١ – المقاصة الاختيارية

(compensation conventionnelle on facultative)

١٢٠٨ – الأحوال التى تجرى فيها المقاصة الاختيارية : يمكن إجراء المقاصة الاختيارية حيث يقوم مانع من وقوع المقاصة القانونية . ويكون هذا المانع قد روعيت فيه مصلحة أحد الطرفين أوكليهما . فينزل من روعيت مصلحته عن هذه المصلحة . فيتم إجراء المقاصة الاختيارية بإرادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معاً حسب الأحوال .

فإذا لم يوجد تقابل بين الدينين . كأن يكون أحد الدينين فى ذمة الدائن للكفيل ، فإنه إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى فى ذمته للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن للكفيل ، فإن للكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين الدين المكفول والدين الذى له فى ذمة الدائن . وبذلك تتم مقاصة اختيارية ما بين الدينين أجراها الكفيل بإرادته وحده . وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة .

---

(١) أما إذا كان الحق الذى للمدين فى ذمة الدائن قد ثبت بعد إعلان الحوالة المدين ، فإن المقاصة لا تقع فى هذه الحالة ، لأن الدين المحال به لم يتلاق مع الدين المقابل ، بل انتقل إلى المحال له قبل ذلك . فأصبح غير صالح للمقاصة .

وإذا لم يوجد تماثل فى المحل ما بين الدينين ، كأن يكون محل أحدهما قطنا ومحل الآخر قمحا أو نقوداً ، كان من الممكن إجراء المقاصة الاختيارية بأن يتفق الطرفان معاً على إجراء هذه المقاصة ، وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحة كل من الطرفين ، فنزلا عن هذه المصلحة باتفاقهما .

وإذا كان أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاء كالالتزام الطبيعى ، جاز للملتزم بإرادته وحده أن يجرى المقاصة الاختيارية بين هذا الالتزام الطبيعى الذى عليه لدائنه والتزام مدنى فى ذمة دائنه له . ذلك أن المقاصة القانونية إنما امتنعت رعاية لمصلحته وحده ، وقد نزل عن هذه المصلحة .

وإذا كان أحد الدينين غير خال من النزاع أو غير معلوم المقدار ، أمكن الطرف الذى دينه خال من النزاع أو معلوم المقدار أن يجرى المقاصة الاختيارية بإرادته وحده ، إذ أن المقاصة القانونية كانت ممتنعة لمصلحته .

وإذا كان أحد الدينين مضافا إلى أجل والدين الآخر مستحق الأداء ، فمن كان الأجل فى مصلحته أن ينزل عنه ، فإن كان هو المدين أو الدائن أجرى المقاصة الاختيارية بإرادته وحده ، وإن كان الأجل لمصلحة الطرفين أجريت المقاصة الاختيارية باتفاقهما .

وإذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز ، كأن كان على الدائن بالنفقة دين فى ذمته لمدينه ، جاز لهذا الدائن أن يجرى المقاصة الاختيارية بإرادته وحده بين دين النفقة الذى له والدين الذى فى ذمته .

وإذا كان أحد الدينين مما لا تجرى فيه المقاصة القانونية ، كأن كان شيئاً نزع دون حق من مالكه أو كان شيئا مودعا أو معارا ، جاز لمن نزع منه ملكه أو للمودع أو للمعير أن يجرى المقاصة الاختيارية بإرادته وحده بين الدينين .

١٢٠٩ – الآثار التى تترتب على المقاصة الاختيارية : لا تنتج المقاصة الاختيارية أثرها إلا من وقت إعلان صاحب المصلحة إرادته فى إجرائها ، فلا تستند إلى الماضى ، ولا ينقضى الدينان من وقت تلاقيهما ، بل من وقت إعلان الإرادة فى إجرائها ، إرادة أحد الطرفين أو إرادة كل منهما بحسب الأحوال[1] .

---

(١) نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر رقم ٥٧ ص ١٤٤ – وبذا وقع =

وتقضى المقاصة الاختيارية الدينين معاً ، فتنقطع الفوائد وتزول التأمينات. ولايجوز الرجوع في المقاصة الاختيارية ، ولو كانت قد تمت بإرادة أحد الطرفين ، إلا باتفاقهما معاً . وإذا اتفق الطرفان على الرجوع فيها لم يضار الغير بذلك . فلا تعود التأمينات التي تكون قد زالت توقيا للإضرار بحقوق الغير .

ولايجوز أن تتضمن المقاصة الاختيارية وفاء جزئيا يجبر عليه الدائن . فلا يجوز إجراء مقاصة اختيارية بين دينين غير متساويين إلا برضاء الدائن بالدين الأكبر .

§ ٢ – المقاصة القضائية

(Compensation judiciaire ou reconventionnelle)

١٢١٠ – الأحوال التي تجرى فيها المقاصة القضائية : المقاصة القضائية تكون في الأحوال التي لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية ، ويكون الشرط المتخلف ليس من الشروط التي روعيت فيها مصلحة المدعى عليه وحده فلا يستطيع أن ينزل عنه ويجرى المقاصة الاختيارية . فإذا امتنعت المقاصة القانونية ، وتعذرت المقاصة الاختيارية ، لم يبق أمام المدعى عليه إلا أن يطالب بالمقاصة القضائية . ويبدو أن المقاصة القضائية تكون حيث يتخلف من شروط المقاصـــة القانونية شرط الخلو من النزاع ومعلومية المقدار . فتقابل الدينين وصلاحيتهما للمطالبة بهما قضاء وقابليتهما للحجز واستحقاقهما للأداء ، كل هذه شروط لابد من توافرها حتى في المقاصة القضائية . كذلك التماثل في المحل لا بد منه حتى في المقاصة القضائية .

= نزاع في صحة إجراء المقاصة الاختيارية حسم القاضي النزاع . ولكن لا تنقلب المقاصة الاختيارية بذلك إلى مقاصة قضائية . فإن القاضي لا يملك في المقاصة الاختيارية سلطة تقديرية بل يتعين عليه أن يقضي بوقوعها إذا كانت شروطها متوافرة ، وهو يملك هذه السلطة التقديرية في المقاصة القضائية . وإذا رفع الدائن على المدين دعوى الدين ، وأراد المدين إجراء المقاصة الاختيارية ، لم يكن في حاجة إلى رفع دعوى فرعية كما هو الأمر في المقاصة القضائية ، بل يكفي أن يقدم إلى المحكمة طلبا بذلك .

وقد قدمنا أن المقاصة الاختيارية تتم بإرادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معاً . فهي في الحالتين تتم بتصرف قانوني ، صادر من جانب واحد إذا كان إرادة منفردة ، أو صادر من الجانبين إذا كان اتفاقا .

فيدون التماثل لا يمكن القاضي أن يستنزل أحد الدينين من الدين الآخر ، وليس أمامه إلا أن يقضي بالدينين جميعا . وهذه ليست مقاصة . فلا يبقى إذن من الشروط إلا أن يكون الدينان خاليين من النزاع معلومي المقدار . وهذان أمران يمكن أن يتخلف أحدهما أو كلاهما . وهنا يلجأ المدعى عليه إلى المقاصة القضائية ، وذلك إذا تعذرت عليه المقاصة الاختيارية بأن يكون حسم النزاع في الدين أو تحديد مقداره متوقفا على رضاء الطرف الآخر ويأبى هذا أن يتفق معه .

فإذا رفع المدعي دعوى يطالب فيها المدعى عليه بدين معلوم المقدار ، فادعى المدعى عليه أن له في ذمة المدعي تعويضاً وطلب المقاصة به ، فنازع المدعي في التعويض أو سلم به ولكنه دفع بأنه تعويض لم يقدر ، فهنا لا يستطيع المدعى عليه أن يدفع دعوى المدعي ، لا بالمقاصة القانونية لأن شروطها لم تتوافر ، ولا بالمقاصة الاختيارية لأن الشرط المتخلف هو في مصلحة المدعي فلابد من نزوله عنه وهو يأبى . فلا يبقى أمام المدعى عليه إلا المقاصة القضائية ، يلجأ إليها على الوجه الذي نتولى الآن بيانه[1] .

١٢١١ – كيف تجري المقاصة القضائية وما يترتب عليها من الآثار :

لا تكون المقاصة القضائية إلا في صورة دعوى أمام القضاء . وهي عادة تكون دعوى عارضة[2] (demande reconventionnelle) يرفعها المدعى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المقاصة التي انتهى إليها الحكم تنطوي في حقيقتها على مقاصة قضائية قدرت المحكمة في سبيل إجرائها كلا من الدينين ومدى المنازعة فيه وأثرها عليه ، ثم أجرت المقاصة بموجبها بعد ذلك ، فإنه لا يؤثر في ذلك ما استطرد إليه الحكم تزيداً من توافر شروط المقاصة القانونية (نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣ ص ٤٣) .

وقد يكون الدين الذي للمدعي هو أيضاً محل نزاع أو غير معلوم المقدار . ومن أجل ذلك رفع به الدعوى . فإذا تنازع شخصان ، ورفع كل منهما على الآخر دعوى تعويض ، جاز للقاضي أن يجري المقاصة القضائية بين الطلبين . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تطاول كل من طرفي الخصوم على صاحبه بالقذف ، وطلب كلاهما من الآخر تعويضاً ، جاز للمحكمة الحكم بسقوط حق كل منهما قبل الآخر لتكافؤ السيئات (استئناف وطني ١٢ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٥٢) .

(٢) وقد تكون بدعوى أصلية يرفعها صاحب الحق المتنازع فيه لتصفية النزاع في ذا =

عليه على المدعى يدفع بها الدعوى الأصلية (م ١٥٢ مرافعات)[1] . ويطلب المدعى عليه فى هذه الدعوى العارضة من القاضى أن يسقط قصاصاً الدين المطلوب منه فى دين يدعيه على المدعى ، وذلك بأن يفض النزاع فى خصوص هذا الدين إذا كان متنازعاً فيه ، أو بأن يعين مقداره إذا لم يكن معلوم المقدار ، ثم يجرى المقاصة القضائية بعد ذلك . وللقاضى حرية كاملة فى تقدير هذا الطلب . فقد يرى منذ البداية أن هذه الدعوى العارضة ليس لها أساس واضح فيرفض النظر فيها ويقتصر على النظر فى الدعوى الأصلية ، ويبقى للمدعى عليه حقه فى أن يرفع دعوى مستقلة بما يدعيه من الدين إذا شاء . وقد يرى القاضى أن الدعوى العارضة لها أساس ولكنها من التعقيد والغموض بحيث تكون فى حاجة إلى تحقيق واسع وإجراءات طويلة من شأنها أن تعطل الفصل فى الدعوى الأصلية ، فيرفض هنا أيضاً النظر فيها مع الدعوى الأصلية ، مستبقياً إياها للفصل فيها فيما بعد ، أو تاركاً للمدعى عليه الحق فى أن يرفع بطلبه دعوى مستقلة[2] . وقد يرى القاضى أخيراً أن الدعوى العارضة

= الحق ، وإجراء المقاصة القضائية بينه وبين الحق الآخر الثابت فى ذمة المدعى . مثل ذلك أن يكون (أ) مديناً لـ (ب) بمبلغ ٥٠٠ جنيه لا نزاع فيها ، ودائناً له بمبلغ ٨٠٠ جنيه ينازع فيها (ب) . فيرفع (أ) دعوى أصلية على (ب) لتصفية النزاع فى مبلغ الـ ٨٠٠ جنيه ، ولإجراء المقاصة القضائية بعد تصفية النزاع بين هذا المبلغ ومبلغ الدين الذى فى ذمته للمدعى عليه ومقداره ٥٠٠ جنيه ، فيحكم له فى النهاية بمبلغ ٣٠٠ جنيه .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن للمدعى عليه وفقاً لنص المادة ١٥٢ مرافعات أن يقدم من الطلبات العارضة طلب المقاصة القضائية وأى طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعى بطلباته كلها أو بعضها . وعلى المحكمة طبقاً لنص المادة ١٥٥ مرافعات أن تحكم فى موضوع الطلبات العارضة مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك ، وإلا استبقت الطلب العارض لتحكم فيه بعد تحقيقه (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٧٩ ص ٥١٩) .

(٢) استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١ – ١٤ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٢ – ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٩ – ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١ – وقد يوقف القاضى الدعوى الأصلية ، حتى يترك للمدعى عليه فرصة لتصفية الحق الذى له فى ذمة المدعى ، تمهيداً لإجراء المقاصة (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٦) . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن ليس للدائن الذى دينه معلوم المقدار أن يجرى تنفيذ حكمه ، بل يجب عليه الانتظار حتى يصفى الدين الذى لمدينه فتحصل المقاصة (استئناف وطنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٢١ ص ١٢٢) .

مما يتيسر البت فيه مع الدعوى الأصلية . فينظر الدعويين معاً ويقضي فيهما بحسب الأدلة التي تتقدم بها الخصوم (م ١٥٥ مرافعات)[١] . وهو إما أن يرفض الدعويين معاً أو برفض إحداهما دون الأخرى . وعند ذلك لايكون هناك محل لإجراء المقاصة القضائية . أما إذا قبل الدعويين معاً ، بعد أن يفض النزاع في الدين الذي يدعيه المدعى عليه أو بعد أن يعين مقداره ، فإنه يجري المقاصة القضائية بين الدينين ، فينقضيان بقدر الأقل منهما كما في المقاصة القانونية .

وحكم القاضي هو الذي ينشئ المقاصة القضائية . ومن ثم لاتقع هذه المقاصة إلا من وقت صدور الحكم بها ، لا من وقت رفع الدعوى العارضة . وفي هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونية التي تقع من وقت تلاقي الدينين ، والمقاصة الاختيارية التي تقع من وقت إعلان الإرادة في إجرائها[٢] .

ويترتب على إجراء المقاصة القضائية من الآثار ما يترتب على المقاصة القانونية . فينقضي الدينان المتقابلان بقدر الأقل منهما كما بينا ، وتنقطع الفوائد وذلك من وقت صدور الحكم بالمقاصة ، وتزول التأمينات التي كانت تكفل أيا من الدينين وذلك أيضا من وقت صدور الحكم ، ولكن لايسري زوال التأمينات في حق الغير إلا بالتأشير بذلك في هامش القيد .

---

(١) استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٠ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٩ – ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢ .

(٢) وكان القضاء المختلط منقسما في هذه المسألة . فبعض الأحكام تذهب إلى أن المقاصة القضائية تستند إلى وقت تلاقي الدينين (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٢ . ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٧) ، وأحكام أخرى تذهب إلى أنها منشئة تحدث أثرها وقت صدور الحكم (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ – ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩) . وهناك حكم يقضي بأنه إذا كان النزاع في الدين مما يسهل فضه ، وجب اعتبار الدين غير متنازع فيه ويصلح للمقاصة القانونية (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص١٧٧) . ولعل هذا الحكم هو الذي يرفع التعارض ما بين الأحكام المتقدمة الذكر . فإذا كان النزاع مما يسهل فضه في يسر وسرعة اعتبر الدين غير متنازع فيه وكانت المقاصة قانونية تستند إلى وقت تلاقي الدينين ، أما إذا كان النزاع لا يسهل فضه فإن الدين يعتبر متنازعا فيه وتكون المقاصة قضائية تحدث أثرها وقت صدور الحكم النهائي .

الفرع الرابع

اتحاد الذمة(*)

(Confusion)

١٢١٢ — مقارنة بين اتحاد الذمة والمقاصة : يتحقق اتحاد الذمة إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد(١) . فإذا ورث الدائن المدين أوورث المدين الدائن ، أوتحقق أى سبب قانونىآخر غير الميراث نقل إلى الدائن صفة المدين أوإلى المدين صفة الدائن ، واجتمع بذلك في شخص واحد صفتا الدائن والمدين ، فتعذر على هذا الشخص أن يمارس حقه إذ هو دائن ومدين فلا يستطيع أن يطالب نفسه بالدين ، انقضى الدين ، أو في الصحيح وقف نفاذه لهذا الضرب من الشلل الذى اعتراه . ويتبين من ذلك أن هناك فرقاً جوهريا بين اتحاد الذمة والمقاصة . ففى اتحاد الذمة لا يوجد إلا دين واحد اجتمع في أحد طرفيه صفتا الدائن والمدين فوقف نفاذه ، أما في المقاصة فيوجد دينان لا دين واحد وهما دينان متقابلان ينقضيان معاً بالمقاصة . وعلى ذلك يوجد في المقاصة شخصان ، دائن هو مدين ومدين هو دائن . وفي اتحاد الذمة لا يوجد إلا شخص واحد ، هو دائن ومدين .

واتحاد الذمة محدود الأهمية ، وأكثر ما يتحقق عن طريق الميراث . فإذا ورث المدين الدائن ، فإنه يرث حقه في التركة فتتحد الذمة . أما إذا ورث الدائن المدين ، فكانت التركة هى المدينة ، فإن قواعد الفقه الإسلامى تأبى أن تتحد الذمة في الدين إذ أن ديون التركة لاتورث ، فتبقى التركة منفصلة

(*) مراجع : مولان (Moulin) في شراء الشركة لأسهمها رسالة من باريس سنة ١٩٣١ — لاجارد (Laga de) في شراء الشركة لأسهمها — لابيه (Labbé) بحث في بعض الصعوبات الخاصة بضياع الشيء المستحق باتحاد الذمة في القانون الرومانى .

(١) وكما يتحقق اتحاد الذمة (confusin) في الديون ، يتحقق أيضاً في الحقوق العينية ويسمى عندئذ بالتجمع أو الإدغام (consolidation) . فينتهى حق الارتفاق باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد (م ١٠٢٦ مدنى) ، وينتهى حق الرهن الحيازى إذا اجتمع مع حق الملكية في يد شخص واحد (م ١١١٣ مدنى) ، وينتهى حق الانتفاع إذا اجتمع مع حق الرقبة في يد شخص واحد بأن مات صاحب الرقبة وورثه صاحب حق الانتفاع .

عن مال الدائن حتى تسدد دينها لهذا الدائن . ثم يرث الدائن بعد ذلك من التركة ما يبقى بعد سداد الديون ، فلا يكون هناك مجال لاتحاد الذمة فى هذه الحالة .

ونبحث : (أولا) كيف يتحقق اتحاد الذمة . (ثانيا) الآثار التى تترتب عليه .

المبحث الأول

كيف يتحقق اتحاد الذمة

١٢١٣ — عن طريق الميراث والوصية : يتحقق اتحاد الذمة كما رأينا عن طريق الميراث ، بأن يرث المدين الدائن ، لا بأن يرث الدائن المدين(١) .

وقد يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الوصية ، ويكون الموصى له إما خلفاً عاما أو خلفاً خاصا . فيكون خلفاً عاما إذا أوصى الدائن لمدينه بثلث تركته مثلا ، فيصبح المدين الموصى له بعد موت الموصى مدينا للتركة بالدين وموصى له بثلث التركة . فينتقل إليه من الدين ثلث فتتحد الذمة فى هذا الثلث ، ويبقى ثلثا الدين فى ذمة المدين للتركة(٢) . ويكون الموصى له خلفا خاصا إذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذى له فى ذمته ، فيكون المدين بعد موت الدائن مدينا للتركة بحكم مديونيته السابقة ودائنا فى نفس الدين بحكم الوصية ، فتتحد الذمة(٣) .

---

(١) أما فى القانون الفرنسى فيتحقق اتحاد الذمة أيضاً بأن يرث الدائن المدين ، فيرث الدين الذى على التركة إذا كان قد قبل الميراث دون قيد ، وتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين فتتحد الذمة . أما إذا قبل الميراث مع اشتراط الجرد (sous bénéfice d'inventaire) ، فإنه يصبح فى وضع مماثل لوضع الوارث فى الشريعة الإسلامية ، فلا تتحد الذمة ، بل يتقاضى الدائن أولا حقه من التركة ، ثم يرث التركة بعد تصفيتها من الديون .

(٢) أما إذا كان المدين هو الذى أوصى للدائن بثلث تركته ، فإن الدائن الموصى له يكون بعد موت الموصى دائنا للتركة بمبلغ الدين وموصى له بثلث التركة . ويجب طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية سداد دين التركة أولا ، فيستوفى الدائن منها مبلغ الدين ، ومن ثم ينقضى الدين كله بالوفاء لا باتحاد الذمة . ثم يستولى الدائن بعد ذلك عن طريق الوصية على ثلث التركة خالية من الديون .

(٣) ولا يتصور هنا أن يوصى المدين للدائن بالدين الذى فى ذمته له ، إذ هو دين عليه لا حق له حتى يوصى به .

١٢١٤ – عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء : وقل أن تجتمع صفتا الدائن والمدين في الشخص الواحد عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء . ويورد الفقه عادة مثلا لتصرف قانوني ما بين الأحياء يكون سببا لاتحاد الذمة : الكمبيالة التي قبلها المسحوب عليه فأصبح مدينا بقيمتها ، وقبل حلول ميعاد استحقاقها يشتريها فتصبح ملكه . ومن ثم يصير دائنا لنفسه . فتتحد الذمة . وسبب اتحادها هنا هو شراء المسحوب له للكمبيالة ، وهذا تصرف قانوني ما بين الأحياء . ومثل ذلك أيضاً شراء الشركة لسنداتها ، فقد كانت الشركة مدينة بالسند ولما اشترته صارت دائنة . فاتحدت الذمة وسبب اتحادها هو شراء السند وهذا تصرف قانوني ما بين الأحياء(١) .

---

(١) ويمكن اعتبار بيع الدين من عليه الدين في الفقه الإسلامي – إذا لم يكن وفاء بمقابل – مثلا لتحقق اتحاد الذمة بتصرف قانوني ما بين الأحياء ، هو عقد البيع . فالمدين قد اشترى الدين الذي في ذمته من دائنه ، فأصبح دائنا ومدينا في نفس الدين ، وبذلك يتحقق اتحاد الذمة .

ومن الأمثلة على تحقق اتحاد الذمة بتصرف قانوني ما بين الأحياء ، ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه إذا حصل البيع للمضمون عن الضمان ، اتحدت ذمته بهذا البيع باجتماع صفتي دائن بحق الضمان ومدين به في شخصه (استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٥٥٥ ص ١١١٥) .

وتتحد الذمة بتصرف ما بين الأحياء إذا اشترى المستأجر من المؤجر العين المؤجرة ، فيصبح المستأجر مؤجراً فتتحد الذمة ، ولكنها لا تتحد إذا كان المشترى هو المستأجر من الباطن لا المستأجر الأصلي . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن اتحاد الذمة يقتضي وجود التزام واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه ، فيترتب على اجتماع صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص انقضاء الدين . ومن ثم فإن اجتماع صفتي المستأجر والمشترى للعين المؤجرة في شخص واحد لا تقوم به حالة اتحاد الذمة بالنسبة إلى عقد الإيجار فينقضي بها إلا إذا كان قد ترتب على الشراء حلول المشترى محل المؤجر في هذا العقد بالذات ، لأنه بذلك تجتمع في المشترى بالنسبة إلى هذا العقد صفتا المستأجر والمؤجر . أما إذا كان المشترى هو المستأجر من الباطن ، فإن هذا الشراء لا تنشأ عنه حالة اتحاد ذمة تنتهي بها الإجارة الأصلية ، لأنه لم يكن من مؤداه اجتماع صفتي المستأجر والمؤجر في هذه الإجارة الأصلية بذاتها في شخص المشترى . ومن أجل ذلك تبقى هذه الإجارة قائمة ولو كانت ملكية العين المؤجرة جميعها قد انتقلت إلى المستأجر من الباطن ، وليس ثمة ما يمنع قانونا من أن يكون المستأجر هو المالك (نقض مدني ٢٧ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣٠ ص ٩٢٨) .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة

١٢١٥ – كيف ينقضى الدين باتحاد الذمة : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ مدنى على أنه « إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد . انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة»(١). فالدين إذن ينقضى باتحاد الذمة . وبالقدر الذى اتحدت فيه . فإذا كان المدين الوارث لم يرث من دائنه إلا نصف التركة . فإن نصف الدين الذى اتحدت فيه الذمة هو الذى ينقضى . ويبقى النصف الآخر فى ذمة المدين للتركة . وانقضاء الدين باتحاد الذمة غير انقضائه بالوفاء أو بالتجديد أو بالمقاصة . ففى هذه الحالات الأخيرة ينقضى الدين حقيقة . ولايعود له وجود . أما انقضاء الدين باتحاد الذمة فليس بانقضاء حقيقى . بل إن الدين يقف نفاذه كما قدمنا ، لارتطامه بعقبة طبيعية تجعل هذا النفاذ مستحيلا(٢). ولكن الدين ، وهو موقوف على هذا النحو . يبقى مع ذلك معتداً به من نواح أخرى نذكر منها :

١ – إذا مات الدائن وورثه المدين . وترك الدائن وصية . وجب اعتبار الدين الذى انقضى باتحاد الذمة قائما فى حساب نصاب الوصية . فلوكانت التركة بغير الدين ٣٠٠٠ . وجب لحساب الثلث الذى تجوز فيه الوصية أن تضاف قيمة الدين – ونفرض أنه ١٥٠٠ – إلى ٣٠٠٠ . فتكون التركة كلها ٤٥٠٠ ، ويكون ثلثها الجائز الإيصاء به هو ١٥٠٠ . أما إذا اعتبرنا الدين منقضيا باتحاد الذمة من جميع النواحى . لترتب على ذلك أن تكون قيمة التركة ٣٠٠٠ لا ٤٥٠٠ . ولكان ثلثها ١٠٠٠ لا ١٥٠٠ كما هو الحساب الصحيح .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٦٨/١ (مطابق) – الليبى ٣٥٧/١ (مطابق) – العراق م ٤١٨ (موافق) – اللبنانى م ٣٣٧ (موافق) .

(٢) ومن أجل ذلك يصح أن تتحد الذمة فى الالتزام الطبيعى ، بأن يرث المدين الدائن . ولا يقال إن فى هذا أثراً جديداً يترتب على الالتزام الطبيعى ، فإن اتحاد الذمة ليس إلا استجابة لطبائع الأشياء ، فيخضع له كل التزام .

٢ – إذا مات الدائن وورثه الكفيل . فاتحاد الذمة ما بين الدائن والكفيل إذا كان يقضى التزام الكفيل . فليس ينقضى على النحو الذى ينقضى به لو أن الكفيل وفى الدائن . فإن الكفيل إذا وفى الدين للدائن انقضى الدين الأصلى ، وبرئت ذمة المدين ، ورجع عليه الكفيل بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . أما إذا ورث الكفيل الدائن فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة . لم ينقض الدين الأصلى ، ويطالب الكفيل الذى أصبح دائناً المدين بهذا الدين ذاته .

٣ – إذا ورث أحد المدينين المتضامنين الدائن . فإن الدين ينقضى باتحاد الذمة ، ولكنه لاينقضى على النحو الذى ينقضى به فيما إذا وفى المدين المتضامن الدين للدائن . فإن المدين المتضامن إذا وفى الدين للدائن . يرجع على باقى المدينين كل بقدر حصته فى الدين . أما إذا ورث المدين المتضامن الدائن ، فالدين لاينقضى إلا بقدر ما يقتضيه اتحاد الذمة . إذ أن حصة المدين المتضامن هى وحدها التى تنقضى . والباقى من الدين بعد استنزال هذه الحصة يرجع به المدين المتضامن – الذى أصبح دائناً بالميراث – على أى من المدينين المتضامنين الباقين[1] .

١٢١٦ – ما يترتب من أثر على زوال السبب الذى أدى إلى اتحاد

الذمة زوالا ذا أثر رجعى : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ مدنى على ما يأتى : « فإذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة . وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً . ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن »[2] . ويخلص من هذا النص أنه إذا زال بأثر رجعى السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة ، اعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ، وعاد الدين إلى الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة . ويعود الدين بمقوماته الأصلية ، فيرجع ديناً مدنياً أو تجارياً ، منتجاً لفوائد أو غير منتج لها ، مشمولا بسند تنفيذى أو غير مشمول به ، بحسب الأحوال . وتعود أيضاً التأمينات التى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٣٤ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى: السورى م ٢/٣٦٨ (مطابق) – الليبى م ٢/٣٥٧ (مطابق) – العراقى م ٢/٤١٦ (موافق) – اللبنانى م ٣٣٧ (موافق) .

كانت تكفله ، وذلك بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعا . من كفيل شخصى وكفيل عينى ورهن غير ذلك .

مثل ذلك أن يكون السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة وصية ، ثم أبطلت ، فيعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن . ويعود الدين إلى الظهور على النحو الذى قدمناه[1] .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون وفاء

١٢١٧ — أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به : قدمنا أن الالتزام قد ينقضى دون الوفاء به أصلا . ويتحقق ذلك فى : (١) الإبراء . (٢) استحالة التنفيذ . (٣) التقادم المسقط .

ففى الإبراء ، قد نزل الدائن عن حقه مختارا دون مقابل . وفى استحالة التنفيذ ، قد اضطر الدائن ألا يستوفى حقه لأن الوفاء به قد أصبح مستحيلا بسبب أجنبى . وفى التقادم المسقط ، قد حال القانون دون أن يستوفى الدائن حقه وأبرأ ذمة المدين لاعتبارات تتصل بالمصلحة العامة .

---

(١) وقد يزول بأثر غير رجعى السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة . ويمكن تصور ذلك إذا ورث المدين الدائن ، فاتحدت الذمة فى الدين . ثم يتفق الوارث — باعتباره دائنا قد ورث الحق الذى فى ذمة نفسه — مع شخص آخر فيحول له هذا الحق . فى هذه الحالة يعود الحق إلى الظهور فى ذمة الوارث باعتباره مدينا ، ويكون المحال له دائنا للوارث بالحق الذى انتقل إليه بالحوالة . ولكن لا يضار الغير بعودة الدين على هذا الوجه دون أثر رجعى . فتبرأ ذمة الكفيل الشخصى أو العينى ولا تعود الكفالة وذلك بالرغم من زوال اتحاد الذمة ، مادام هذا الزوال بغير أثر رجعى .

الفرع الأول

الإبراء(*)

(Remise de dette)

١٢١٨ — كيف يتم الإبراء وما يترتب عليه من الآثار : الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل ، فهو تصرف تبرعى حتما . وإذا استوفى الدائن عين حقه كان هذا وفاء . وإذا استوفى مقابلا فى حقه كان هذا وفاء بمقابل(١) . وإذا نزل عن حقه فلم يستوفه لاعينا ولا بمقابل كان هذا إبراء . والإبراء تصرف قانونى يصدر من جانب واحد هو الدائن(٢) ، ومتى صدر متوافرة شروطه انقضى به الدين وبرئت ذمة المدين .

فنتكلم إذن فى مسألتين : (١) كيف يتم الإبراء . (٢) الآثار التى تترتب عليه :

المبحث الأول

كيف يتم الإبراء

١٢١٩ — الإبراء يتم بإرادة واحدة من جانب الدائن : تنص المادة ٣٧١ مدنى على أن « ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا . ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين . ويرتد برده »(٣). ويخلص من هذا

(*) مراجع : ليسونا (Lesona) بحث فى نظرية عامة للتنازل فى القانون المدنى (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٢ ص ٣٧٦) — رينو (Raynaud) فى التنازل عن الحقوق (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٧٦٣) .

(١) ومن قبيل الوفاء بمقابل أو بما يعادل الوفاء التجديد والمقاصة واتحاد الذمة ، وقد تقدم بيان ذلك .

(٢) أما الوفاء فقد قدمنا أنه تصرف قانونى صادر من الجانبين ، وقد يصدر من جانب واحد إذا اتخذ صورة العرض الحقيقى مع الإيداع . وكل من الوفاء بمقابل والتجديد تصرف قانونى صادر من الجانبين ، كما أن كلا من المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٦٩ (مطابق) — الليبى م ٣٥٨ =

النص أن الإبراء تصرف قانونى يتم بإرادة واحدة هى إرادة الدائن . وقد اقتبس التقنين المدنى الجديد هذا التكييف من الفقه الإسلامى ففيه يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ويرتد بالرد . وقد غلب فى هذا التكييف الطابع المادى للالتزام على الطابع الشخصى . فالالتزام قيمة مالية تدخل فى حوزة الدائن ضمن العناصر الإيجابية التى تشتمل عليها ذمته المالية . فيستطيع النزول عنه بإرادته المنفردة كما يستطيع النزول عن الحق العينى[1] . ولما كان الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين هذا النزول . فقد يتحرج المدين من تفضل لا يريده من الدائن فيصر على الوفاء بالرغم من إرادة الدائن فى إبرائه . فقد أعطى القانون الحق للمدين فى أن يرد الإبراء متى وصل إلى علمه . وذكر أن الإبراء يرتد بالرد .

١٢٢٠ — الشروط الواجب توافرها فى الإبراء : تنص المادة ٣٧٢ مدنى على ما يأتى : « ١ — يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع . ٢ — ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط

= (مطابق) — العراق م٤٢٢ (موافق) — اللبنانى م ٣٣٨ (موافق) — إلا أن الإبراء فى التقنين اللبنانى اتفاق لا إرادة واحدة) .

(١) وقد كان الإبراء فى التقنين المدنى السابق ، ولا يزال فى التقنين المدنى الفرنسى ، اتفاقا (convention) يتم بين الدائن والمدين . وهذا التكييف يغلب فيه الطابع الشخصى للالتزام . فالالتزام رابطة بين شخصين ولا بد فى قضائها من تدخل هذين الشخصين معاً ، وهذا بخلاف الحق العينى فإنه سلطة على شىء معين فيجوز لصاحب هذه السلطة أن ينزل عنها بإرادته المنفردة .

وفى التقنين المدنى الجديد حيث يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ، يكفى أن تصل هذه الإرادة إلى علم المدين حتى يتم الإبراء ، ويتم من وقت هذا العلم . أما فى التقنين المدنى السابق فقد كان هذا لا يكفى ، بل كان يجب أن يصدر قبول من المدين ، ولا يتم الإبراء إلا من وقت هذا القبول . وإذا رد المدين الإبراء فى التقنين المدنى الجديد ، كان بهذا الرد يفتقر نفسه . ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه . فإذا رد الإبراء عاد الدين إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى . ومن ثم لا بد أن تتوافر فى المدين أهلية التبرع حتى يستطيع رد الإبراء . كذلك يجوز لدائنيه أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى رده للإبراء لأن هذا الرد زاد فى التزاماته إذ عاد الدين بالرد بعد انقضائه . أما فى التقنين المدنى السابق ، فإن رد المدين للإبراء لم يكن يعتبر افتقاراً إذ الإبراء كان لا يتم إلا بقبوله ، فإذا رده لم يفتقر وإنما امتنع عن أن يثرى . ومن ثم كان لا يشترط فى رد الإبراء أن تتوافر المدين أهلية التبرع ، وكان لا يجوز لدائنيه أن يطعنوا فى الرد بالدعوى البولصية .

لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان »[١]. ويخلص من هذا النص أن الإبراء تصرف تبرعي محض من جانب الدائن[٢] . ولكن لايشترط مع ذلك في الإبراء شكل خاص ، لأنه يعتبر هبة غير مباشرة والهبات غير المباشرة لا تشترط الرسمية في انعقادها . وهذا صحيح أيضاً ولو وقع الإبراء على التزام مصدره عقد شكلي ، سواء كان الشكل مفروضا بحكم القانون أو متفقاً عليه من المتعاقدين . فلو وعد شخص شخصا آخر بأن يهب له مبلغا من النقود ، فإنه لايلتزم بموجب هذا الوعد إلا إذا كان الوعد مكتوبا في ورقة رسمية (م ٤٩٠ مدنى) . فإذا فرضنا أن الوعد كتب في ورقة رسمية ، فإن الموعود له وهو الدائن يستطيع أن يبرئ الواعد وهو المدين من التزامه ، دون حاجة إلى أن يفرغ الإبراء في ورقة رسمية . كذلك إذا اتفق المتبايعان على أن يكتبا عقد البيع في ورقة رسمية ، فإن التزام المشترى بدفع الثمن — ومصدره عقد شكلي والشكلية هنا مفروضة بموجب الاتفاق — يمكن البائع إبراؤه منه دون حاجة إلى أن يكون الإبراء في ورقة رسمية[٣] . وإذا كان لايشترط في الإبراء شكل خاص ، فإن ذلك لا يمنع من أن المدين الذى يدعى أن دائنه أبرأه من الدين

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٧٠ (مطابق) — الليبى م ٣٥٩ (مطابق) — العراق لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) — اللبنانى م ٣٣٩ — ٣٤٠ (موافق) .

(٢) وهذا هو الذى يميز الإبراء عن التجديد . ففى التجديد يبرئ الدائن ذمة المدين من الالتزام القديم ولكن فى مقابل إنشاء التزام جديد . وهو الذى يميز أيضاً الإبراء عن الصلح ، فقد يتضمن الصلح إبراء ولكنه إبراء بمقابل ، فإن كلا من المتصالحين ينزل عن بعض ما يدعيه فى مقابل التسليم له بالبعض الآخر . ويجب تمييز الإبراء أخيراً عن صلح الدائنين مع مدينهم المفلس (concordat) ، فالدائنون عندما يبرئون ذمة مدينهم المفلس من جزء من الديون لا يتبرعون ، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحصلوا على أكبر حصة ممكنة من حقوقهم ، وهم ييسرون على المدين السبل التى تؤدى إلى ذلك ومنها إبراؤه من جزء من ديونه .

(٣) أما إذا أوصى الدائن بإبراء مدينه ، فالإبراء هنا يكون وصية ، وتسرى أحكام الوصية فى الشكل وفى الموضوع . فلا بد إذن من مراعاة الشكل الواجب قانونا فى الوصية ، ولا ينفذ الإبراء إلا من ثلث التركة ، ويجوز للموصى الرجوع فيه قبل موته ، ويسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصى . على أن الإبراء إذا صدر من الدائن فى مرض الموت لم يشترط فيه أن يكون فى شكل الوصية ، ولكن يسرى عليه حكم الوصية من حيث الموضوع (م ٩١٦ مدنى) .

يقع عليه عبء إثبات هذا الإبراء . وتسرى فى ذلك القواعد العامة فى الإثبات[١] .

ويسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع . فلابد من صدور إرادة الدائن بالإبراء . والإبراء لايفترض لأنه نزول عن الحق[٢] . وهذه الإرادة يجب أن تصدر من دائن ذى أهلية للتبرع . فلا يجوز الإبراء من القاصر أو المحجور أو الولى أو الوصى أو القيم ولو بإذن المحكمة . ويجب أن يكون الدائن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه حتى يصدر منه الإبراء صحيحا . كذلك يجب أن تكون إرادة الدائن خالية من العيوب ، وإلا كان الإبراء قابلا للإبطال . وللإبراء ككل تصرف قانونى محل . ومحل الإبراء هو الالتزام الذى يبرئ منه الدائن المدين . ويصح أن يقع الإبراء على أى التزام[٣] مالم يكن ذلك مخالفا للنظام العام[٤] . وللإبراء أخيراً ككل تصرف قانونى سبب . والسبب هو الباعث الدافع إلى الإبراء . فإن كان مشروعا صح الإبراء وإلا كان باطلا .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على الإبراء

١٢٢١ — الإبراء يقضى الدين : الإبراء سبب من أسباب انقضاء

---

(١) فتجب الكتابة فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، لأن وجوب الإثبات بالكتابة يسرى على جميع التصرفات القانونية ولو كانت صادرة بإرادة منفردة .

(٢) فلا تبرأ ذمة الكفيل بحصول الدائن على تأمين عينى ، لأن الإبراء يفسر فى أضيق الحدود (استئناف وطنى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٦٧ ص ٢١٨) . وإذا رد الدائن للمدين التأمين الذى أخذه لضمان دينه ، لم يفد ذلك أنه أبرأ المدين من الدين ، وإن كان قد يستفاد منه أنه نزل عن التأمين (م ٣٤٠/٢ لبنانى) . وإذا أوصى الدائن لمدينه بعين فى تركته ، لم يفد ذلك أنه أبرأه من الدين .

(٣) ولا يجوز الإبراء من حق قبل كسبه (استئناف وطنى ٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٢٢٥) . ويصح الإبراء من التزام طبيعى . فإذا وفى المدين الالتزام بعد الإبراء جاز له استرداده .

(٤) فلا يجوز النزول عن الحقوق المتعلقة بالولاية والنسب ونحو ذلك من الحقوق المتعلقة بالنظام العام ، كما لا يجوز النزول عن الحق فى النفقة وإن كان يجوز إبراء المدين من نفقة متجمدة فى ذمته .

الالتزام . فينقضى الدين بالإبراء كما ينقضى بالوفاء . على أن الإبراء يرتد بالرد كما سبق القول ، فإذا وصل الإبراء إلى علم المدين ولم يرده فى المجلس الذى علم به فيه ، لم يستطع أن يرده بعد ذلك . أما إذا رده فى المجلس فإنه يرتد ويزول أثره ، ويعود الدين إلى ذمة المدين بعد أن كان قد انتضى بالإبراء .

ونخلص من ذلك أن الإبراء ، وهو يقضى الدين ، تصرف قانونى مفقر للدائن إذ ينقص من حقوقه . وكذلك الرد ، وهو يعيد الدين ، تصرف قانونى مفقر للمدين إذ يزيد فى التزاماته . فيجوز إذن لدائنى الدائن أن يطعنوا فى الإبراء بالدعوى البولصية ، كما يجوز لدائنى المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى رده للإبراء[1] .

١٢٢٢ — وتنقضى مع الدين تأميناته : وإذ ينقضى الدين بالإبراء ، فإنه ينقضى معه ما كان يكفله من تأمينات عينية وشخصية . ومن ثم تبرأ ذمة الكفيل الشخصى بإبراء المدين[2] . ويستثنى من ذلك الإبراء الذى يتضمنه الصلح مع المفلس فإنه لا يبرئ ذمة الكفيل[3] .

وقد يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة المدينين المتضامنين الآخرين ، وللدائن أن يطالب أيا منهم بالدين بعد استنزال حصة المدين

---

(١) ويسرى على الإبراء ما يسرى على الهبة من جواز الرجوع إلا لمانع . ولكن متى صدر الإبراء نهائيا ولم يرد عليه الرجوع ، فإنه ينشىء مركزاً قانونيا ثابتا ولا يتقادم أبداً ، ويحق للمدين أن يطلب فى أى وقت إعمال الآثار القانونية لهذا الإبراء ، ومن بينها إبطال ما اتخذه الدائن من إجراءات مخالفة لإبرائه (نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٦ ص ٧٣١) .

(٢) ولا يجوز للدائن إبراء المدين الأصلى مع استبقائه الكفيل ملتزماً بالدين ، ولكن يظهر أنه يجوز للدائن الاحتفاظ بالكفيل إذا كان كفيلا متضامنا مع المدين أو كان كفيلا عينيا وذلك مع إبراء ذمة المدين الأصلى .

(٣) أما إبراء الكفيل ، فلا يستتبع إبراء المدين الأصلى . وإذا تعدد الكفلاء ، وأبرأ الدائن أحدهم ، جازت له مطالبة باقى الكفلاء كل بقدر الحصة التى كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين ، أو مطالبة أى منهم بالدين بعد استنزال حصة الكفيل الذى أبرأه إذا كان الكفلاء متضامنين . هذا كله ما لم يكن الكفيل الذى أبرأه الدائن قد كفل الدين بعد أن كفله الكفلاء الآخرون ، فهو إذا كان متأخراً عنهم لا يكونون قد اعتمدوا على كفالته ، فإذا أبرأه الدائن لم يجز للكفلاء المتقدمين أن يستنزلوا حصته . بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم دون الكفيل الآخر إذا كانوا غير متضامنين ، ويرجع على أى منهم بكل الدين إذا كانوا متضامنين ،

الذى أبرأه . وهذا ما لم يكن الدائن قد صرح أنه أراد بذلك إبراء جميع المدينين المتضامنين فتبرأ ذمتهم جميعا . أو ما لم يكن على النقيض من ذلك قد احتفظ بحقه فى الرجوع على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين بالرغم من إبراء أحدهم . وقد يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فحسب ، فيبقى حقه فى الرجوع على أى من المدينين الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك . وفى جميع الأحوال التى يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين ، سواء كان الإبراء من الدين أو من التضامن ، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيب فى حصة المعسر منهم ، إلا إذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين فيتحمل هو نصيب هذا المدين فى حصة المعسر. وقد تقدم بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى التضامن(١).

الفرع الثانى

استحالة التنفيذ(*)

(Impossibilité d'exécution)

١٢٢٣ — متى تتحقق استحالة التنفيذ وما يترتب عليها من الآثار : متى أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بسبب أجنبى ، فامتنع تنفيذ الالتزام عينا أو عن طريق التعويض ، فإن الالتزام لا محالة ينقضى . وهذا ما تقتضيه طبائع الأشياء إذ لا التزام بمستحيل (A l'impossible nul n'est tenu) .

فنتكلم إذن فى مسألتين : (١) متى تتحقق استحالة التنفيذ . (٢) الآثار التى تترتب على هذه الاستحالة .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٣٥ .

(*) مراجع : ردوان (Rodouant) فى الحادث الفجائى والقوة القاهرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — لبريه (Lebret) فى وقف العقود وفسخها (المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤ ص ٨١٥ وما بعدها) — ساروت (Sarraute) فى وقف تنفيذ العقود رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ .

المبحث الأول

متى تتحقق استحالة التنفيذ

١٢٢٤ – شرطاد : تنص المادة ٣٧٣ مدنى على أن « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لايد له فيه »[١] . ويخلص من هذا النص أن هناك شرطين لا بد من توافرهما حتى تتحقق استحالة التنفيذ التي تقضى الالتزام : (١) أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا . (٢) أن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

١٢٢٥ – الشرط الأول – تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلا : يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام ، بعد نشوئه ، مستحيلا استحالة فعلية أواستحالة قانونية. فيجب أولا أن ينشأ الالتزام ممكنا ، ولا تطرأ الاستحالة إلا بعد نشوئه . أما إذا كان تنفيذ الالتزام منذ البداية مستحيلا ، فإنه لاينشأ أصلا ولا محل للقول بانقضاء ما لم يوجد[٢] . ويجب ، بعد أن ينشأ الالتزام ممكنا . أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلا . أما إذا طرأت حوادث جعلت تنفيذه مرهقاً مع بقائه ممكنا ، فلا ينقضى الالتزام ، وإنما ننتقل في هذه الحالة إلى نظرية الحوادث الطارئة[٣].

والاستحالة إما أن تكون استحالة فعلية ، أو استحالة قانونية . فالاستحالة الفعلية مسألة واقع ، يقدرها قاضى الموضوع تقديراً نهائيا لامعقب عليه فيه من محكمة النقض . فالالتزام بنقل حق عيني ، إذا وقع على عين معينة بالذات ، يصبح تنفيذه مستحيلا إذا هلك هذا الشيء أو ضاع بحيث لاتمكن معرفة مكانه : وإذا وقع الالتزام على شيء غير معين بالذات . فمن الصعب أن نتصور استحالة تنفيذ هذا الالتزام ، لأن الشيء غير المعين بالذات يوجد بجنسه والجنس

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٧١ (مطابق) – الليبي م ٣٦٠ (مطابق) – العراق م ٤٢٥ (مطابق) – اللبناني م ٣٤١ – ٣٤٢ (موافق) .

(٢) ويكون العقد الذي تعهد به ترتيب الالتزام المستحيل باطلا ، لعدم توافر الشروط اللازمة في المحل .

(٣) نقض مدنى أول نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٤٣ ص ٩٤٨ .

لا ينعدم . ومع ذلك فقد يقع في بعض الأحوال الاستثنائية أن يتعذر التنفيذ . كما إذا كان المدين ملتزما بتوريد أزهار نادرة أو شيء بطل صنعه فلم يستطع العثور على ما التزم به . والالتزام بعمل . كالتزام المصور برسم صورة . يصبح تنفيذه مستحيلا إذا أصيب هذا الفنان بفقد بصره أو ببتر يده فلم يعد قادراً على الرسم . والالتزام بالامتناع عن عمل يصبح تنفيذه مستحيلا إذا اضطر المدين إلى إتيان هذا العمل الذى التزم بالامتناع عنه . وأما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة قانونية . فهذه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . من ذلك أن يكون المدين ملتزما بنقل ملكية أرض فتنزع ملكيتها للمصلحة العامة قبل تنفيذ الالتزام . ومن ذلك أن يكون المدين ملتزما بتوريد شيء ثم يحرم القانون صنعه[1] .

١٢٣٦ — الشرط الثانى — استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه : ويجب أيضاً أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه . فإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين . لم ينقض الالتزام ووجب تنفيذه عن طريق التعويض[2] . أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي . والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائى أو القوة القاهرة[3]

---

(١) ومثل حرم الرق . أصبح التعامل في الرقيق مستحيلا استحالة قانونية . وإذا قيدت الحرب مقدار الكميات التي تستهلك من البنزين أو الغاز أو الكهرباء . أصبح الالتزام الذي يتعارض تنفيذه مع هذه القيود مستحيلا استحالة قانونية .

هذا وقد تكون الاستحالة الفعلية أو القانونية استحالة موقتة ثم تزول . فيقف الالتزام مدة قيام الاستحالة ثم ينفذ بعد زوالها (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٨٤ ص ١١٥٩) .

(٢) ولا يجوز القول بأن الالتزام الأصلي قد انقضى وحل محله التزام جديد محله التعويض . بل إن الالتزام باقٍ بعينه وإنما تحول محله من التنفيذ العيني إلى التعويض . ومن ثم لا تنقضي التأمينات بل تبقى ضامنة للتعويض . ويستمر سريان التقادم . ويعتبر الالتزام بالتعويض ناشئا من المصدر ذاته الذي نشأ منه الالتزام الأصلي فيبقى التزاما عقديا كما هو الغالب ولا ينقلب إلى التزام تقصيري وتكون مدة التقادم فيه خمس عشرة سنة لا ثلاث سنوات .

(٣) وقضت محكمة النقض بأن اعتبار الحكم قيام الحرب وانقطاع المواصلات بين مصر وألمانيا وصدور التشريعات الاستثنائية قوة قاهرة وسبباً أجنبيا يستحيل معه تنفيذ الشركة المطعون عليها تعاقدها مع بيوت التجارة الألمانية على تصدير كميات من القطن ، وقضاءه بانفساخ العقد وانقضاء =

وخطأ الدائن وفعل الغير ، فإن الالتزام ينقضى . وعبء إثبات السبب الأجنبى يقع على المدين[١] .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على استحالة التنفيذ

١٢٢٧ — انقضاء الالتزام وتوابعه : ينقضى الالتزام باستحالة التنفيذ لسبب أجنبى . وتنقضى التأمينات التى كانت تكفله . ويلتزم المدين بأن ينزل للدائن عما يكون له من حق أودعوى فى التعويض عن الشىء الذى هلك ، كمبلغ التأمين أو دعوى تعويض أو مبلغ التعويض عن نزع الملكية للمصلحة العامة.

١٢٢٨ — تحمل التبعة : إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى ، فقد انقضى دون أن يستوفى الدائن حقه لا عينا ولا بمقابل. ومن ثم

= الالتزام ، لا مخالفة فيه للقانون (نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٣ ص ٦٧٧) . وقضت أيضاً بأنه يصح اعتبار الفيضان العالى غير المنتظر قوة قاهرة يكون من أثرها إعفاء الملتزم من تنفيذ التزامه ، ولا ينفى اعتباره كذلك سبق وقوع مثله فى الماضى (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٠ ص ٥٦٠) .ولكن لا يعتبر قوة قاهرة ، تعفى وزارة الأوقاف من التزامها بدفع أجر المحامى المتعاقد من قبل مع وقف قبل أيلولة النظر عليه إلى وزارة الأوقاف ، الاحتجاج بأن الوزارة قد ناطت أعمالها القضائية بهيئة خاصة بها ، فإن هذا لا يمنع من أن تعهد الوزارة إلى غير هيئتها الخاصة بالقيام ببعض أعمالها القضائية (نقض مدنى أول نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٤٣ ص ٩٤٨) وقضت محكمة النقض أيضاً بأن وضع الأطيان المبيعة تحت التحفظ باعتبار أنها من أموال أسرة محمد على ليس إلا حادثا طارئا يترتب عليه تأجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين بصفة موقتة ، دون أن يتمخض ذلك عن استحالة قانونية دائمة تفضى إلى انقضاء هذه الالتزامات ، وبزوال هذا الطارئ تستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٨٤ ص ١١٥٩) .

(١) وإذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى ، ولكن الدائن كان قد أعذر المدين قبل استحالة التنفيذ ، فإن الإعذار يجعل المدين مسئولا عن استحالة التنفيذ ، فلا ينقضى الالتزام بل يتحول محله إلى تعويض (م ٢٠٧ مدنى) . وقد يتحمل المدين باتفاق خاص تبعة السبب الأجنبى ، ويكون فى هذه الحالة إزاء الدائن بمثابة المؤمن يؤمنه من الحوادث التى ترجع إلى القوة القاهرة (نقض مدنى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧٣ ص ٧٤٦) .

إذا نظر إلى هذا الالتزام وحده ، كان الدائن هو الذى يتحمل تبعة استحالة التنفيذ . ويصدق ذلك ، فيتحمل الدائن وحده تبعة استحالة التنفيذ ، إذا كان الالتزام الذى استحال تنفيذه ناشئا من عقد ملزم لجانب واحد . ذلك أن المدين فى هذا العقد تبرأ ذمته وينقضى التزامه باستحالة تنفيذه دون أن يكون للدائن تعويض مقابل ، إذ العقد لاينشىء إلا هذا الالتزام فى جانب المدين . أما إذا كان الالتزام ناشئاً من عقد ملزم للجانبين ، واستحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب أجنبى فانقضى هذا الالتزام ، فإن الالتزام المقابل ينقضى تبعا لانقضاء الالتزام الأول ، وينفسخ العقد (م ١٥٩ مدنى) . ويترتب على ذلك أن المدين فى العقد الملزم للجانبين ، إذا انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى ، يتحمل مع ذلك تبعة استحالة التنفيذ ، ولايتحملها فى العقد الملزم لجانب واحد فيما رأينا . ذلك أن المدين ، إذا كان قد تحلل من تنفيذ التزامه بسبب استحالة تنفيذه ، نجد فى الوقت ذاته الالتزام المقابل ، وهو الحق الذى له فى ذمة الدائن ، قد انقضى هو أيضاً بسبب انقضاء الالتزام الأول وانفساخ العقد ، فيقع عليه الغرم ، ومن ثم كان هو الذى يتحمل التبعة .

الفرع الثالث

التقادم المسقط(*)

(Prescription extinctive)

١٢٢٩ — الأساس الذى يرتكز عليه التقادم المسقط : يرتكز التقادم

(*) مراجع : جوسار (Gossart) فى التقادم المسقط فى الدعاوى رسالة من باريس سنة ١٨٨٦ — جوندار (Gondard) فى وقف التقادم وقاعدة وقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ — جيرى (Guery) فى تقادم الدعوى العامة والدعوى المدنية رسالة من رين سنة ١٩٠٥ — بكنيو (Pequignot) فى التقادم الاتفاقى رسالة من ديجون سنة ١٩٠٥ — چوردان (Jourdan) فى التقادم فى التقنين المدنى الألمانى رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — بشرل (Becherel) فى تقادم الحقوق المعلقة على شرط رسالة من باريس سنة ١٩١٠ — هوللو (Holleaux) فى تطور القواعد الخاصة بمدد التقادم القصيرة القائمة على قرينة الوفاء رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ .

المسقط على اعتبارات ترجع إلى استقرار التعامل : ويكفي أن نتصور مجتمعا لم يدخل التقادم في نظمه القانونية . لندرك إلى أي حد يتزعزع فيه التعامل . فإذا كان للدائن أن يطالب مدينه بالدين مهما طالت المدة التي مضت على استحقاقه . وكان على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد أن يكون قد وفاه فعلا وحصل على مخالصة به . أليس من الإرهاق أن يكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة إلى وقت لانهاية له حتى يتمكن من إبرازها في أي وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين ! أليس واجبا لاستقرار التعامل أن يفترض في الدائن الذي سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه ، أو في القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل ؟ وكما يجب وضع حد للمنازعة في الحقوق وذلك بتقرير قوة الأمر المقضي . كذلك يجب وضع حد للمطالبة بالحقوق وذلك بتقرير مبدأ التقادم . فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان لها . ووجوب احترام الأوضاع المستقرة هو الذي يحتم علينا أن نتساءل إلى متى يستطيع الدائن أن يطالب بالدين دون أن يواجه بتقادمه ؟ عشرين عاما . أو ثلاثين . أو مائة ؟ لابد من تحديد وقت ما إذا انقضى لا يستطيع الدائن بعد انقضائه أن يطالب بالدين . وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضا بديون مضت عليها أجيال طويلة . والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاق المدين بجعله معرضا للمطالبة وقتا أطول مما يجب . ولا مباغتة الدائن بإسقاط حقه في وقت أقصر مما يجب . وقد اختار المشرع الفرنسي ثلاثين عاما . واختار المشرع المصري خمسة عشر عاما وهي المدة التي لا يجوز بعد انقضائها سماع الدعوى في الفقه الإسلامي[1]. فإذا انقضت

---

(١) ومدد التقادم (**délais de prescription**) تشتبه بمواعيد أخرى يقال لها المواعيد المسقطة (**délais de déchéance**) . وهذه المواعيد الأخيرة لم توضع لحماية الأوضاع المستقرة أو لتقوم قرينة على الوفاء . بل وضعت لتعيين الميعاد الذي يجب أن يتم فيه حتما عمل معين . فهي مواعيد حتمية لابد أن يتم العمل المعين في خلالها ، وإلا كان باطلا . فيجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه . ولا تنقطع ، ولا يقف سريانها . ولا يتخلف عنها التزام طبيعي . وهذا كله بخلاف التقادم كما سنرى . ومن أمثلة المواعيد المسقطة السنة التي يجب أن ترفع في خلالها دعوى الاستغلال (م ١٢٩ مدني) . وستة الأشهر التي يجب في خلالها على الدائن المرتهن متى أعلن رسميا بحوالة الدين=

المدة التي يتم بها التقادم . وادعى المدين براءة ذمته . وأصر الدائن على المطالبة بالدين . فالأولى بالرعاية هو المدين لا الدائن . ذلك أن الدائن إذا لم يكن قد استوفى حقه فعلا . ولم يكن أبرأ ذمة المدين من الدين بسكوته عن المطالبة به هذه المدة الطويلة . فلا أقل من أنه قد أهمل إهمالا لا عذر له فيه بسكوته حقبة طويلة من الدهر ثم مباغتة المدين بعد ذلك بالمطالبة . من أجل كل هذه الاعتبارات شرع التقادم[1] . وقد أخذت به جميع الشرائع . حتى أن الشرائع التي لم تأخذ به بطريق مباشر فتسقط الدين بالتقادم أخذت به بطريق غير مباشر فتمنع سماع الدعوى بعد انقضاء مدد التقادم [2] .

١٢٣٠ — خطة البحث : ونبحث في التقادم الموضوعين الآتيين : (أولا) المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم . فنبحث مدد التقادم المختلفة . وكيفية حساب المدة . ووقف التقادم . وانقطاعه . (ثانيا) كيف يجب إعمال التقادم . وما هي الآثار التي تترتب عليه .

= أن يقرر حوالة أو يرفضها وإلا عد سكوته إقرارا (م ٣٢٣ مدنى) . والسنة التي ترفع في خلالها دعوى نقض القسمة بالغبن (م ٨٤٥ مدنى) . والخمسة عشر يوما المحددة لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م ٩٤٠ مدنى) . والثلاثون يوما المحددة لإيداع الثمن خزانة المحكمة ولرفع دعوى الشفعة (م ٩٤٢ – ٩٤٣ مدنى) . والأربعة الأشهر من يوم تسجيل عقد البيع التي يسقط بانقضائها الحق في الأخذ بالشفعة (م ٩٤٨ مدنى) .

(١) وهناك اعتبارات أخرى تتعلق بحالات خاصة من التقادم . فتقادم الدين الدورى المتجدد بخمس سنوات يقوم على اعتبار أن المدين يدفع مثل هذا الدين عادة من ريعه لا من رأس ماله . فإذا تراكم المستحق منه لمدة أطول من خمس سنوات اضطر أن يدفع الدين من رأس المال لا من الريع فكان هذا مرهقاً له . والتقادم . في الحقوق التي تتقادم بسنة واحدة . يقوم على قرينة الوفاء .

(٢) ومن هذه الشرائع الأخيرة الشريعة الإسلامية . فهي تمنع سماع الدعوى دون أن تسقط الحق . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت الشريعة الإسلامية لا تعترف بالتقادم المكسب أو المسقط . وتقضي ببقاء الحق لصاحبه مهما طال به الزمن . إلا أنه إعمالا لقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان شرع منع سماع الدعوى بالحق الذي مضت عليه المدة . وعدم السماع ليس مبنيا على بطلان الحق . وإنما هو مجرد نهي للقضاة عن سماعها قصد به قطع التزوير والحيل . ولما كان المنع من السماع في هذه الصورة لا أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه . وإنما يقتصر حكمه على مجرد سماع الدعوى أو عدم سماعها . فإنه لا يكون في هذا المجال محل لإعمال قواعد التقادم الواردة بالقانون المدني (نقض مدنى ٣٠ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٤٣ ص ٣٠٠) .

المبحث الأول

المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم

المطلب الأول

مدد التقادم المختلفة وكيفية حساب المدة

§ ١ – مدد التقادم المختلفة

١٢٣١ — القاعدة العامة — مدة التقادم خمس عشرة سنة : تنص المادة ٣٧٤ مدنى على أن « يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة . فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية »(١) . ويخلص من هذا النص أن القاعدة العامة في مدة التقادم أن تكون خمس عشرة سنة ميلادية(٢) . وهذه المدة تسرى بالنسبة إلى كل التزام لم ينص القانون في خصوصه على مدة أخرى(٣) . وهذه المدة أخذت عن الشريعة الإسلامية في

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٧٢ (مطابق) – الليبى م ٣٦١ (مطابق) – العراقى م ٤٠٩ (موافق ، وفى التقنين العراقى لا تسمع الدعوى) – اللبنانى م ٣٤٩ (مدة التقادم فى هذا التقنين عشر سنوات) .

(٢) ذلك أن القاعدة تقضى بأن « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » (م ٣ مدنى) . وفى عهد التقنين المدنى السابق كان الحساب بالتقويم الهجرى (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١١٠ ص ٧٢٢) .

(٣) ولا تستثنى ديون الدولة قبل الغير وديون الغير قبل الدولة ، فهذه كلها تخضع لقواعد التقادم الواردة فى التقنين المدنى ما لم يوجد تشريع خاص يقضى بغير ذلك (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٦٩ ص ١٠٧٨) — هذا والأحوال التى تقرر فى خصوصها مدد أخرى غير مدة خمس العشرة سنة كثيرة . بعضها ورد فى نصوص أعقبت مباشرة النص الذى أورد القاعدة العامة وهى مدة خمس العشرة سنة ، وسنبحثها فيما يلى . وبعضها متناثر فى نصوص متفرقة ، سبق بحث أكثرها . من ذلك مدة ثلاث السنوات التى يتقادم بها الحق فى إبطال العقد (م ١٤٠ مدنى) ، ومدة ثلاث السنوات التى تتقادم بها دعوى التعويض عن العمل غير المشروع (م ١٧٢ مدنى) ، ودعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب (م ١٨٠ مدنى) ، ودعوى استرداد =

نظامها المعروف من منع سماع الدعوى . وقد روعى فى الأخذ بها مدة مناسبة . لا هى بالطويلة بحيث ترهق المدين . ولا هى بالقصيرة بحيث تبغت الدائن . ثم هى المدة التى ألفها الناس منذ حقب طويلة(١) .

١٢٣٢ — الاستثناءات : وقد ورد عقب هذه القاعدة العامة جملة من الاستثناءات هى : (١) الحقوق الدورية المتجددة . (٢) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين . (٣) حقوق التجار والصناع والعمال والخدم والأجراء . (٤) الضرائب والرسوم المستحقة للدولة . فنستعرض هذه الاستثناءات متعاقبة .

١٢٣٣ — ١ — الحقوق الدورية المتجددة : تنص المادة ٣٧٥ مدنى على أنه « ١ — يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ولو أقر به المدين . كأجرة المبانى والأراضى الزراعية ومقابل الحكر . وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات . ٢ — ولا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية ولا الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا

= مادفع دون حق (١٨٧ مدنى) . ودعوى الفضالة (م ١٩٦ مدنى) . والدعوى البولصية (م ٢٤٣ مدنى) . ودعوى تكملة الثمن بسبب الغبن (م ٤٢٦ مدنى) . نظر أيضاً : م ٤٥٢ مدنى (مدة ضمان العيب الخفى فى المبيع ثلاث سنوات) — م ٦٥٤ مدنى (مدة ضمان المهندس المعمارى والمقاول عشر سنوات) — م ٦٥ تجارى (مدة تقادم الدعاوى الناشئة عن أعمال الشركة على الشركاء غير المأمورين بتصفيتها خمس سنوات) — م ١٩٤ تجارى (مدة تقادم الدعاوى المتعلقة بالكمبيالات والسندات الإذنية والسندات لحاملها خمس سنوات) .

(١) على أن هناك حقوقاً غير قابلة للتقادم . وهى الحقوق التى لا يجيز النظام العام التعامل فيها ، كالحقوق المتعلقة بالحالة المدنية (إلا ما تفرع عنها من حقوق مالية) والحقوق المتعلقة بالاسم . والرخصة لا تقبل التقادم . فلا يتقادم حق الفرد فى اتخاذ المهنة التى يريدها ما دام قد استوفى شرائطها . ولا حقه فى أن يبنى أو يغرس فى أرضه ولا حقه فى أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة . ولا حقه فى المرور بأرض مجاورة إذا كانت أرضه محبوسة عن الطريق العام . ولا حقه فى الشرب والمجرى والمسيل . ولا حقه فى طلب قسمة المال الشائع . ودعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، لأن المطلوب فيها هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهى حقيقة قائمة مستمرة ليس من شأن التقادم أن يؤثر فيها . وكان ينبغى أن تكون دعوى البطلان المطلق غير قابلة للتقادم ، لأن العقد المعدوم لا ينقلب موجودا مهما طال عليه الزمن . ولكن المادة ١٤١ مدنى نصت على تقادم هذه الدعوى بخمس عشرة سنة .

بانقضاء خمس عشرة سنة[١] » . ويخلص من هذا النص أن الضابط لهذه الحقوق التي تتقادم بخمس سنوات أنها حقوق « دورية متجددة » . والدورية (périodicité) هي أن يكون الحق مستحقاً في مواعيد دورية . كل شهر أو كل سنة أو أقل أو أكثر . والتجدد (renouvellement) هو أن يكون الحق بطبيعته مستمراً لا ينقطع . فأجرة المباني والأراضي الزراعية دورية لأنها تدفع في العادة كل شهر أو كل سنة . وهي في الوقت ذاته متجددة بطبيعتها إذ هي مستمرة لا تنقطع ما دام عقد الإيجار قائماً . وكأجرة المباني والأراضي الزراعية أجرة الأرض الفضاء . وأجرة الغرفة المفروشة . وأجرة المنقولات وغيرها . ومقابل الحكر هو أيضاً حق دوري متجدد . وهو مستحق الدفع في نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك (م١٠٠٣ مدني) . والفوائد هي أيضاً حقوق دورية متجددة . وهي ريع متجدد لرأس المال . سواء كانت فوائد اتفاقية أو فوائد قانونية . ويدخل في الفوائد فوائد الأسهم والسندات (الكوبونات)[٢] . والإيرادات المرتبة هي أيضاً حقوق دورية متجددة . ويستوي في ذلك الإيرادات المرتبة مدى الحياة والإيرادات الدائمة . وكذلك المهايا والأجور والمعاشات . وتدفع عادة كل شهر وتتجدد باستمرار . ولا يدخل في ذلك أجور العمال والخدم والأجراء فهذه كما سنرى تتقادم بسنة واحدة . ودين النفقة دوري متجدد . فيسقط هو أيضاً بخمس سنوات[٣] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣٧٣ (مطابق) – الليبي م ٣٦٢ (مطابق) – العراقي م ٤٣٠ (موافق) – اللبناني م ٣٥٠ (موافق) .

(٢) نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٣٢ ص ٢٣٢ . انظر في المبالغ الدورية التي صرفتها وزارة المالية لأصحاب المرتبات المقررة في الأوقاف الملغاة وسقوط هذه المبالغ بخمس سنوات : نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٧ ص ٧٤٢ .

(٣) وليس من الضروري أن يكون الحق الدوري المتجدد حقاً ثابتاً لا يتغير مقداره . فريع الأسهم (dividendes) يتغير مقداره . وأقساط التأمين في جمعيات التأمين التعاونية (assuranees mutuelles) متغيرة بحسب الحوادث التي تقع كل سنة . ومقابل الحكر يزيد أو ينقص كلما بلغ التغير في أجر المثل حداً يجاوز الخمس زيادة أو نقصاً على أن يكون قد مضى ثماني سنوات على آخر تقدير (م ١٠٠٤/٢ مدني) .

وتقادم الحقوق الدورية المتجددة بخمس سنوات يرجع إلى أن هذه الحقوق يدفعها المدين عادة من ريعه الدورى المتجدد . فالمستأجر يدفع الأجرة من إيراده الشهرى أو السنوى ، والمقترض يدفع الفوائد من ريع أمواله . بل إن الحكومة وأرباب الأعمال يدفعون ماهيات الموظفين والمستخدمين وأجورهم ومعاشاتهم من ميزانياتهم السنوية وهى دورية متجددة[١] . فإذا أهمل الدائن فى المطالبة بهذه الحقوق مدة طويلة من الزمن فتراكمت على المدين . وكان للدائن أن يتقاضاها لمدة التقادم العادى . أى لمدة خمس عشرة سنة خلت . اضطر المدين أن يدفعها من رأس ماله وقد يجر هذا عليه الإفلاس والخراب . ومن ثم لا يجبر المدين على دفع هذه الديون إلا لمدة خمس سنوات فقط سابقة على يوم المطالبة . حتى لو أقر المدين أمام القضاء فى الدعوى المرفوعة بهذه الديون أنه لم يوف بها وتمسك مع ذلك بالتقادم تفاديا من أن يرهق بوفاء ما تراكم منها لمدة أكثر من خمس سنوات[٢] .

وإذا لم يستوف الحق شرطى الدورية والتجدد . فإنه يسقط بخمس عشرة سنة . ومن ثم فإن الديون التى استوفت شرط الدورية دون شرط التجدد تسقط بخمس عشرة سنة . كما هى الحال فى دين مقسط أقساطا دورية . وكما هى الحال فى نتاج المناجم والمحاجر . وتفقد الديون الدورية المتجددة طبيعتها هذه إذا تحولت من ريع إلى رأس مال عن طريق قانونى . كما إذا أقرض شخص المدين ما يفى به فوائد دينه أو أجرة مسكنه . فإن دين القرض وإن كان الغرض منه الوفاء بهذه الديون الدورية المتجددة قد أصبح رأس مال مصدره عقد القرض فيتقادم بخمس عشرة سنة . كذلك إذا دفع المستأجر الأجرة للمؤجر ، وتبين بعد ذلك أنه دفع مبالغ غير مستحقة من هذه الأجرة . فإنه يستردها ، ويعتبر دين المؤجر الخاص برد هذه المبالغ غير المستحقة رأس مال لا دينا دوريا متجددا[٣] . فلا يتقادم بخمس سنوات . وإنما يتقادم تقادم

---

(١) المحكمة الإدارية العليا ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ١٣٢٨ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٧ رقم ٧٠ ص ٦٨ .

(٢) وهذا ما لم يفسر إقرار المدين أمام القضاء بأنه نزول عن التقادم . أو كان الإقرار قد صدر قبل قيام الخصومة وليس أمام القضاء فإنه فى هذه الحالة يعتبر إقرارا قاطعا للتقادم .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥م ١٧ ص ٢٩٨ — ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ =

رد غير المستحق بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة . والحائز سيئ النية ملتزم برد ثمرات الشيء الذي حازه من يوم أن أصبح سيئ النية . فهذه الثمرات فيما بين الحائز والمالك لا تعتبر ديونا دورية متجددة ، بل هي قد تحولت في ذمة الحائز من ريع إلى رأس مال واجب الأداء للمالك . ومن ثم تتقادم بخمس عشرة سنة(١) . كذلك الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين ، وهو

= م ٥٩ ص ٩٦ – وإذا دفع المستأجر عن المؤجر الأموال الأميرية ، فرجوعه عليه يتقادم تقادم الإثراء دون سبب بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة ، لا تقادم الأموال الأميرية بثلاث سنوات (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٧ ص ١٩٠) . ولكن إذا استبقى المستأجر من الأجرة المستحقة مبلغاً معيناً ليدفعه في الأموال الأميرية المقررة على العين المؤجرة ، لم يخرج المبلغ المستبقى عن طبيعته وهى أنه دين أجرة سبب الالتزام به عقد الإجارة ، وتخصيصه ليدفع في الأموال الأميرية لا يعد تبديلا للالتزام ، وإذاً فمدة السقوط المقررة له هي خمس سنوات (نقض مدنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠ ص ٢٢) . كذلك إذا تجمد دين الأجرة بانتهاء مدة الإيجار ، فإنه لا يفقد صفتى الدورية والتجدد . وقد قضت محكمة النقض بأن الدورية والتجدد هما صفتان لاصقتان بدين الأجرة ، وهما مفترضتان فيه ما بقى حافظا لوضعه ، ولو تجمد بانتهاء مدة الإيجار وأصبح في الواقع مبلغا ثابتا في الذمة لا يدور ولا يتجدد (نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٤٣) .

والحكم بفوائد تستحق الأداء في تاريخ لاحق لصدور الحكم لا يحيل مدة التقادم الخاص بهذه الفوائد من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة ، لما يلازم الفوائد المحكوم بها في مثل هذه الحالة من صفتى الدورية والتجدد (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٢ ص ٢٦٩) . ولكن إذا أدمجت الفوائد في رأس المال أصبحت هي أيضاً رأس مال ، وفقدت صفتى الدورية والتجدد ، فلا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة . فإذا حررت كمبيالة عن أجرة سنة وفوائد متجمدة صفيت ، واستبدل بهما مبلغ واحد هو المبلغ الوارد في الكمبيالة ، فإن هذا المبلغ يكون قد زالت عنه صفتا الدورية والتجدد ، فلا يسقط الحق فيه بخمس سنوات (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٦ ص ١٧٩) .

(١) نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٥ ص ٧٠٦ – وقد كان القضاء في عهد التقنين المدنى السابق منقسما في هذه المسألة . ولكن الكثرة الغالبة من الأحكام كانت تقضى بتقادم الريع المستحق في ذمة الحائز سيء النية بخمس عشرة سنة (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ – استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٩ ص ٢٦٦ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٣ ص ٧٥٩ – ٤ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٨٣ ص ١٩١ – استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٣ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٧ – ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٦ – ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٣ – ١٠ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٦) . ومع ذلك فقد كانت هناك أحكام تقضى بتقادم الريع المستحق في ذمة الحائز سيء النية بخمس سنوات (استئناف وطنى ١٢ فبراير =

مقدار استحقاقهم في الوقف ، لا يعتبر دينا دوريا متجدداً . فلا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة[١] . وقد أراد التقنين المدني الجديد ، بالنص صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ مدني « على تقادم الريع المستحق في ذمة الحائز سيئ النية والريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين بخمس عشرة سنة على ما رأينا ، أن يحسم في هاتين المسألتين خلافا كان قد نشب في عهد التقنين المدني السابق وتمثل في أحكام متضاربة أصدرها القضاء في ذلك العهد .

١٢٣٤ — ٢ — حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين : تنص المادة ٣٧٦ مدني على أن « تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات[٢] » . ويخلص من هذا النص أن هناك طائفة من أصحاب المهن

= سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص ٣٧٣ — ١٣ نوفبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٧٤ ص ٣٣٤ — ٦ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦١٤ ص ٧٤٤ — استئناف مختلط ١٧ نوفبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ١٢) .

(١) وقد تردد القضاء في هذه المسألة في عهد التقنين المدني السابق . ثم قضت محكمة استئناف مصر في دوائرها المجتمعة بأن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق ولا يتقادم حقه . فإذا اختلطت بمال الناظر واستهلكها الناظر بتعديه أو بتقصيره ، أصبحت رأس مال واجبا في ذمته للمستحق . ومن ثم تتقادم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٢٧٤) . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن لم يرد في القانون المدني القديم نص عن مدة تقادم الاستحقاق في الوقت بالذات ، إلا أن حكمه في ذلك لا يختلف عما سنه القانون المدني الجديد في هذا الخصوص ، لأن ناظر الوقف يعتبر ، على أي حال ، وكيلا عن المستحقين . فإن قبض غلة الوقف كانت أمانة تحت يده لحسابهم ، فلا يسقط حقهم في المطالبة بها إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . وإذا كان صريح شرط الواقف بكتاب وقفه ترتيب معاش شهري لشخص من وقت تركه الخدمة في الوقف ، فإن هذا المعاش إن كان في صورة مرتب شهري معين المقدار يعتبر استحقاقا في الوقف ، فلا يتقادم الحق فيه إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت الاستحقاق (نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٨ ص ٩٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣٧٣ (مطابق) — الليبي م ٣٦٣ (مطابق) — العراقي م ٤٣١ (في التقنين العراقي تتقادم هذه الحقوق بسنة واحدة مع يمين توجه إلى المدين) — اللبناني م ٣٥٢ (مدة التقادم في التقنين اللبناني سنتان) .

الحرة . هم البارزون من أصحاب هذه المهن . تتقادم حقوقهم بخمس سنوات فقط . ذلك لأن العادة قد جرت على أن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم عقب انتهاء خدماتهم . فإذا مضى على استحقاقهم هذه الحقوق خمس سنوات ولم يطالبوا بها فالغالب أن ذلك يرجع إلى أنهم استوفوا هذه الحقوق . وقل أن حفظ المدينون بمخالصات عن ديون مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات . وحتى لو صح أن هؤلاء الدائنين لم يستوفوا حقوقهم التى مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات . فمن الإرهاق لمدينيهم أن يجبروا على دفع ديون مضت عليها هذه المدة وأهمل أصحابها فى المطالبة بها . ويترتب على ذلك أنه يكفى أن يتمسك المدين بالتقادم حتى ينقضى الدين . ولا يصح أن توجه إليه يمين أن ذمته لم تعد مشغولة بالدين كما توجه هذه اليمين فى الديون التى تتقادم بسنة بسنة واحدة على ما سنرى .

وقد ذكر النص هؤلاء الدائنين على سبيل الحصر[1] ، فهم :

١ – الأطباء : ويدخل ضمن الأطباء الجراحون والمولدون وأطباء الأسنان والبياطرة . ولكن لا يدخل الأطباء النفسيون ولا الممرضون ولا المولدات غير الطبيبات ولا المدربون على الألعاب الرياضية لأغراض صحية . والديون المستحقة للأطباء التى تتقادم بخمس سنوات هى الأجور التى يستحقونها على علاج مرضاهم . والمصروفات كمصروفات الانتقال والتحليلات وإقامة المريض ليكون تحت ملاحظة الطبيب[2] .

---

(١) ومن ثم فغير هؤلاء من أصحاب المهن الحرة تتقادم حقوقهم بخمس عشرة سنة . وذلك كحق المؤلف قبل الناشر . وحق المحاسب فى أتعاب عمله . وحق صاحب الجريدة فى أجور الإعلانات فى جريدته . وحق المصور والفنان بوجه عام فى الأجر على عمل معين من أعمال الفن .

(٢) وإذا اقتضى العلاج زيارات عدة . يحسب الأجر عن مجموع هذه الزيارات كأنه دين واحد . ولا يبدأ سريان التقادم إلا عند انتهاء آخر زيارة (أسيوط ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٣٢٥ ص ٦٣٤) . فإذا استحق دين للطبيب على هذا النحو . تقادم بخمس سنوات حتى لو كان الطبيب مستمراً فى علاج نفس المريض ولكن فى مرض آخر غير المرض الذى استحق من أجله الدين المتقادم (م ٣٧٩/١ مدنى) . وإذا حرر المدين للطبيب سندا مكتوبا بالدين ، انقطعت مدة التقادم وبدأت مدة تقادم جديدة مقدارها خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الدين المدون فى السند (م ٣٧٩/٢ مدنى) . وإذا حرر السند بعد انقضاء مدة التقادم . أمكن تفسير ذلك على أنه نزول عن مدة التقادم بعد أن تمت ، وبدأت مدة تقادم جديدة مقدارها خمس عشرة سنة (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٨٤) .

٢ — الصيادلة : وأغلب ما تكون حقوقهم التي تتقادم بخمس سنوات هي أثمان الأدوية والعقاقير التي يبيعونها لعملائهم[١] . وقد يقوم الصيدلي بخدمات ويتكبد مصروفات . فهذه وتلك تعتبر ديونا يسرى عليها التقادم الخمسى .

٣ — المحامون : عن أتعابهم المتفق عليها أو التي قدرتها المحكمة . فتتقادم هذه الأتعاب بخمس سنوات من وقت استحقاقها . وتستحق الأتعاب بالنسبة إلى المعجل منها من وقت الاتفاق . وبالنسبة إلى المؤجل من وقت صدور الحكم أو من وقت انقضاء الوكالة ولو بعزل الوكيل . وقد يستحق للمحامي مصروفات ورسوم قضائية يدفعها عن الموكل . فهذه أيضاً ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت انقضاء التوكيل[٢] .

٤ — المهندسون : عن أجورهم من أجل التصميمات التي يقومون بها ومن أجل الإشراف على هذه التصميمات . وقد يتكبدون مصروفات ويدفعون لحساب العميل مبالغ لتنفيذ الأعمال المعهود بها إليهم . فكل هذه ديون تتقادم بخمس سنوات[٣] .

٥ — الخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة : والخبير يستحق عند العميل أتعاب خبرته . ووكيل التفليسة (السنديك) يستحق أتعابه من مال التفليسة .

---

(١) وكل صفقة تعتبر قائمة بذاتها . والدين الناشىء عنها يكون مستحق الأداء ويسرى عليه التقادم الخمسى منذ تمام الصفقة ، حتى لو استمر الصيدلى بعد ذلك يقدم أدوية أخرى (م ٣٧٩/ ١ مدنى) . وإذا حرر العميل للصيدلى سنداً بالدين ، انقطع التقادم وحل محله تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٣٧٩/ ٢ مدنى) .

(٢) فإذا لم يطالب المحامي بحقوقه تقادمت بخمس سنوات ، حتى لو استمر محامى يباشر قضايا أخرى لموكله (م ٣٧٩/ ١ مدنى) . وإذا حرر الموكل للمحامى سنداً بهذه الديون ، انقطع التقادم وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٣٧٩/ ٢ مدنى) . وتنص المادة ١٥ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أن « يسقط حق المحامى فى مطالبة موكله بالأتعاب ، عند عدم وجود سند بها ، بمضى خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء التوكيل » .

أما ما تقدره المحكمة كأتعاب محاماة للخصم الذى كسب الدعوى ، وهو تعويض له عن المصروفات التى تكبدها فى تعيين محام عنه ، فلا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (دمنهور ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ٣٦) .

(٣) حتى لو بقى المهندس قائماً بأعمال أخرى للعميل (م ٣٧٩/ ١ مدنى) . فإذا حرر العميل للمهندس سنداً بالدين ، بدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٣٧٩/ ٢ مدنى) .

والسمسار يستحق السمسرة المتفق عليها أو المحكوم بها . وقد يتكبد هؤلاء مصروفات فى أثناء القيام بأعمالهم . فكل هذه ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها[١] .

٦ – الأساتذة والمعلمون : عن أجورهم على التدريس للطلبة أو للتلاميذ كالأجور المدرسية فى المدارس الحرة وأجور الدروس الخاصة . ويدخل أيضاً ثمن الأدوات والكتب التى يعطونها للطلبة أو للتلاميذ . وثمن الأغذية التى يقدمونها لهم . وما إلى ذلك . فهذه كلها ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها[٢] .

١٢٣٥ – ٣ – الضرائب والرسوم المستحقة للدولة : تنص المادة ٣٧٧ مدنى على ما يأتى : « ١ – تتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة . ويبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها . وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة . ٢ – ويتقادم بثلاث سنوات أيضاً الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق . ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها . ٣ – ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة »[٣] . ويخلص من هذا النص أن مدة التقادم فى الضرائب والرسوم المستحقة للدولة هى بوجه عام ثلاث سنوات[٤] . ما لم يرد فى قوانين الضرائب والقوانين

---

(١) ولو بقى الخبير أو وكيل التفليسة أو السمسار يقوم بأعمال أخرى غير التى استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ٣٧٩/١ مدنى) . فإذا حرر المدين سنداً بالدين ، بدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٣٧٩ /٢ مدنى) .

(٢) ولو بقى الأستاذ أو المعلم مستمراً فى القيام بخدمات أخرى غير التى استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ٣٧٩/١ مدنى) . فإذا حرر المدين سنداً بالدين ، بدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٣٧٩/٢ مدنى) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى لا مقابل (وتسرى القوانين الخاصة) – الليبى م ٣٦٤ (مطابق) – العراقى لا مقابل (وتسرى القوانين الخاصة) – اللبنانى لا مقابل (وتسرى القوانين الخاصة) .

(٤) كانت الضرائب تتقادم – قبل الأمر العالى الصادر فى ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ – =

الخاصة الأخرى نصوص تقضى بغير ذلك[1] . فما لم يرد إذن نص مخالف ، تكون مدة التقادم فى الضريبة العقارية[2] على الأراضى الزراعية والمبانى ، وفى ضرائب الأموال المنقولة كضريبة كسب العمل وضريبة المهن الحرة وضريبة الأسهم والسندات والأموال المنقولة ، وفى ضريبة الإيراد العام ، وفى ضريبة الخفر ، وفى غير ذلك من الضرائب[3] ، هى ثلاث سنوات (أصبحت خمسا كما سنرى) تبدأ من نهاية السنة التى تستحق عنها الضريبة[4] . وكذلك الرسوم المستحقة للدولة ، كرسوم الدمغة ورسوم البريد ورسوم القضايا والأوراق القضائية ، تتقادم بثلاث سنوات (أصبحت خمسا كما سنرى) من وقت استحقاقها . وتستحق الرسوم عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء

= بخمس سنوات هجرية باعتبارها ديونا دورية متجددة . ثم صدر الأمر العالى سالف الذكر ، فقضى بسقوطها بثلاث سنوات ميلادية لا يقف سريانها ولا ينقطع . ثم صدر القانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ يحدد مدة ثلاث سنوات ميلادية لسقوط الحق فى الضرائب والرسوم المستحقة لقلم الكتاب والمصروفات القضائية . وهذا القانون الأخير هو الذى نقل عنه التقنين المدنى الجديد . ثم أطيلت مدة التقادم إلى خمس سنوات بموجب القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ كما سنرى .

(١) وقد وردت فعلا نصوص مخالفة . من ذلك الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، وهى تقضى بسقوط حق الحكومة فى المطالبة بما هو مستحق لها بموجب هذا القانون بمضى خمس سنوات . ثم عدلت هذه المدة إلى عشر سنوات بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالنسبة إلى الضرائب المستحقة عن سنوات ١٩٣٨ – ١٩٤٠ . وتبدأ المدة من وقت وضع الإيراد تحت تصرف الممول ، ولا تنقطع بخطاب موصى عليه من مصلحة الضرائب ، ولكن بصدور المورد على النموذج رقم ٤ ضرائب (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض رقم ١٩٤ ص ١٢١١) . وصدر بعد ذلك القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ المشار إليه فى الهامش السابق ، وقد أطال مدة التقادم فى الضرائب إلى خمس سنوات .

(٢) والضريبة العقارية دين فى ذمة الممول يجوز تقاضيه من أمواله الأخرى غير العقار التى ترتبت عليه الضريبة (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٩ ص ١٠٠٨) .

(٣) أما العوائد المستحقة للبلديات وللأشخاص المعنوية الأخرى غير الدولة ، فلها فى تقادمها أحكامها الخاصة .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن ضريبة الملاهى ليست من الضرائب السنوية ، بل تستحق عقب كل حفلة ، ويسقط الحق فى المطالبة بالمستحق من ضريبة الملاهى بمضى ثلاث سنين ميلادية من تاريخ استحقاقها (نقض مدنى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٧ ص ١٠٩٨) .

المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق . فإن لم تحصل مرافعة فمن تاريخ تحريرها . ويبدأ سريان التقادم من هذا الوقت أوذاك (١) . وقد صدر بعد ذلك قانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ يطيل مدة التقادم فى الضرائب إلى خمس سنوات . إذ تنص المادة الأولى منه على أن « تتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أولأى شخص اعتبارى عام . مالم ينص القانون على مدة أطول » .

وإذا كانت مدة التقادم قد زادت إلى خمس سنوات فى حقوق الدولة قبل الممولين فى الضرائب والرسوم . فإن هذه المدة قد بقيت ثلاث سنوات فى حقوق الممولين قبل الدولة إذا دفع الممولون ضرائب أو رسوما أكثر من المستحق وجاز لهم استرداد الزيادة . وذلك سواء كان الممول يعلم بحقه فى الاسترداد أو لا يعلم على خلاف تقادم دعوى استرداد غير المستحق(٢) .

١٢٣٦ — ٤ — حقوق التجار والصناع والعمال والخدم والأجراء :

تنص المادة ٣٧٨ مدنى على ما يأتى : « ١ — تتقادم بسنة واحدة الحقوق

---

(١) والتقادم فى الضرائب والرسوم لا يقوم على قرينة الوفاء . وإنما يقوم على عدم إرهاق المدين وإثقال كاهله بتراكم الديون عليه . وإذن فليس فى القانون ما يمنع من التمسك بتقادم الرسوم المطالب بها بالرغم من المنازعة فى الالتزام بها والامتناع عن دفعها (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١١٠ ص ٧٢٢) .

(٢) وإذا وجب على الدولة رد غير المستحق للممول . ولم يسقط هذا الحق بالتقادم . فإن الدولة لا تلتزم بدفع فوائد عن المبالغ غير المستحقة التى تردها . فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ يقضى بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد عن المبالغ التى يحكم عليها بردها للممولين . وقد كانت محكمة النقض تقضى باستحقاق هذه الفوائد قبل العمل بالقانون سالف الذكر . أما منذ نفاذ هذا القانون فالنص صريح فى عدم استحقاق هذه الفوائد (انظر آنفاً فقرة ٨٣٢ فى الهامش) .

هذا وقد نصت المادة ٢ من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ السابق الإشارة إليه على أن « يبدأ سريان تقادم الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق من يوم دفعها . إلا إذا ظهر الحق فى طلب الرد بعد إجراءات اتخذتها الجهة التى قامت بالتحصيل فيبدأ التقادم من تاريخ إخطار الممول بحقه فى الرد بموجب كتاب موصى عليه » . ونصت المادة ٣ من نفس القانون على أن « يعتبر تنبيهاً قاطعا للتقادم أوراد الضرائب والرسوم وإعلانات المطالبة والإخطارات . إذا سلم أحدها إلى الممول أومن ينوب عنه قانونا أوأرسل إليه بكتاب موصى عليه مع علم الوصول . ويعتبر كذلك طلب رد ما دفع بغير وجه حق إذا أرسله الممول إلى الجهة المختصة بكتاب موصى عليه مع علم الوصول » .

الآتية : (أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لايتجرون في هذه الأشياء . وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ماصرفوه لحساب عملائهم . (ب) حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ماقاموا به من توريدات . ٢ – ويجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، وهذه اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه . وتوجه إلى ورثة المدين أو أوصيائهم إن كانوا قصراً بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » . وتنص المادة ٣٧٩ مدنى على ما يأتي : « ١ – يبدأ سريان التقادم ، في الحقوق المذكورة بالمادتين ٣٧٦ و٣٧٨ ، من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى . ٢ – وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة»[1]. ويخلص من هذه النصوص أن حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء تتقادم كلها بسنة واحدة ، وهي مدة قصيرة لأن المألوف في التعامل أن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم فور استحقاقها . فإذا مضت سنة دون أن يطالبوا بها فرض القانون أنهم استوفوها فعلا . فالتقادم هنا قائم على قرينة الوفاء . ولكن هذه القرينة تقبل إثبات العكس بطريق أن يوجه القاضي اليمين من تلقاء نفسه إلى المدين ، فيحلف على أنه أدى الدين فعلا . فإذا حلف فقد سقط الدين بالتقادم . وإن نكل ثبت الدين في ذمته ولا يتقادم بعد ذلك إلا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم أو من وقت النكول اذا لم يصدر حكم[2] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٣٧٥ – ٣٧٦ (مطابق) – الليبي م ٣٦٥ – ٣٦٦ (مطابق) – العراق م ٤٣١ (موافق) – اللبناني م ٣٥١ (مقارب – ومدة التقادم في التقنين اللبناني سنتان لا سنة واحدة) .

(٢) ويجوز أيضاً دحض هذه القرينة بالإقرار . فهي قرينة قانونية قاطعة ولذلك يجوز دحضها بالإقرار واليمين (انظر آنفاً فقرة ٧٥٩) – واليمين هنا هي يمين الاستيثاق . وخصائصها أنها يمين إجبارية لابد للقاضي أن يوجهها إلى المدين دون الدائن . وإذا حلفها المدين كسب الدعوى حتما (انظر آنفاً فقرة ٧٥٢) . فإذا كان المدين قد مات ، حلفت الورثة ، أو أوصياؤهم إن كانوا قصراً ، يمين عدم العلم بأنهم لا يعلمون بوجود الدين ، أو يمين العلم بأنهم يعلمون حصول الوفاء (انظر آنفاً فقرة ٧٥٠ في الهامش) .

والدائنون فى الحقوق التى تتقادم بسنة واحدة فريقان :

(الفريق الأول) التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم : ويستحق التاجر أو الصانع حقه فى ذمة العميل عن الأشياء التى وردها له من تجارته أوصناعته بشرط ألا يشترى العميل هذه الأشياء ليتجر بها هو نفسه ، وإلا كان ديناً تجاريا يتقادم فى الغالب بخمس عشرة سنة[١] . ويستحق صاحب الفندق أو المطعم حقه فى ذمة العميل عن أجر الإقامة فى الفندق وما يستهلكه من طعام وشراب فى المطعم ، وما يترتب فى ذمة العميل من أجر للخدمات التى يقدمها الفندق من غسيل وكى ونحو ذلك ، وما يقدمه الفندق للعميل من سلف . كل هذه ديون تدفع عادة عقب الانتهاء من الإقامة فى الفندق ، وعقب الانتهاء من تناول الطعام والشراب فى المطعم ، فيسرى عليها تقادم السنة من هذا الوقت[٢] .

(الفريق الثانى) العمال والخدم والأجراء : عما يستحقونه من أجور عند أرباب العمل ، وعما قاموا به من توريدات لمخدوميهم . والعمال هم عمال المصانع والمتاجر والمزارع . والخدم والأجراء هم الطهاة والسواقون والسفرجية والبوابون والجنايني وخدم المنازل والفنادق والمطاعم والمقاهى . ويدخل ضمن الأجراء صغار الصناع من سباكين وحدادين ونجارين وميكانيكيين ونحوهم ، وإذا لم يدخلوا ضمن الأجراء دخلوا ضمن الصناع ، فحقوقهم فى جميع الأحوال تتقادم بسنة واحدة[٣] .

---

(١) ويتقادم الدين حتى لو استمر الدائن فى توريد أشياء أخرى للمدين (م٣٧٩/١ مدنى) . وإذا حرر المدين سنداً ، بدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٣٧٩/٢ مدنى) .

(٢) حتى لو عاد العميل إلى الفندق أو المطعم مرة أو مرات أخرى فثبتت فى ذمته ديون جديدة (م٣٧٩/١ مدنى) . وإذا حرر المدين سنداً ، بدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م٣٧٩/٢ مدنى).

هذا ولا يدخل فى هذه الديون أجر الغرف المفروشة فى غير الفنادق ، فهذه ديون دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات كما تقدم القول . وإذا استأجر العميل غرفة فى فندق ودفع أجرتها شهراً فشهراً ، فالأجرة هنا ، وإن كانت دورية متجددة كأجرة الغرفة المفروشة فى غير الفنادق ، تدخل مع ذلك ضمن حقوق أصحاب الفنادق التى تتقادم بسنة واحدة .

(٣) فإذا تأخر الدائن عن المطالبة بحقه سنة كاملة تقادم هذا الحق ، حتى لو بقى الدائن مستمراً فى توريد خدماته للمدين (م٣٧٩/١ مدنى) . فإذا بقى العامل فى المصنع ، تتقادم أجوره بحسب استحقاق هذا الأجر : يوما فيوما ، أو أسبوعا فأسبوعا ، أو شهراً فشهراً . وإذا بقى الخادم فى المنزل ، =

١٢٣٧ – عدم جواز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ مدنى على أنه « ... لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون»(١). فلا يجوز إذن تعديل مواعيد التقادم التى قررها القانون ، لا بالزيادة ولا بالنقص(٢) . فإذا اتفق الطرفان على إطالة مدة السنة المحددة لتقادم بعض الديون إلى سنتين أو ثلاث مثلا ، كان الاتفاق باطلا . وتبقى مدة التقادم سنة واحدة ، كما حددها القانون . وإذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم العادى وهى خمس عشرة سنة إلى عشر سنوات مثلا ، لم يعتد بهذا الاتفاق . بل تكون المدة خمس عشرة سنة . وسنرى فيما يأتى أن النزول عن التقادم مقدما قبل أن يكتمل غير جائز كعدم جواز إطالة مدة التقادم . والجائز إنما هو النزول عن التقادم بعد أن يكتمل(٣) .

§ ٢ – كيفية حساب مدة التقادم

١٢٣٨ – حساب مدة التقادم : تنص المادة ٣٨٠ مدنى على ما يأتى : « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات . ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها »(٤) . ذلك لأننا إذا حسبنا المدة بالساعات لاقتضى

= تقادم حقه شهراً فشهراً بحسب الاستحقاق . أما الأجير العارض كالنجار والحداد فيستحق أجره بمجرد انتهاء عمله ، ويبدأ سريان التقادم من هذا الوقت . وإذا حرر المدين سنداً بالدين ، بدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدنى) .

ويلاحظ أن أجور الموظفين والمستخدمين ومهاياهم ومرتباتهم ومعاشاتهم هى غير أجور العمال والخدم والأجراء ، فقد رأينا أنها تتقادم بخمس سنوات كسائر الديون الدورية المتجددة .

(١) انظر فى النصوص المقابلة فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ما يلى فقرة ١٢٥٠ .

(٢) وكان الفقه والقضاء ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، يسيران على ماجرى عليه القضاء فى فرنسا لانعدام النص . ويحرم القضاء الفرنسى إطالة مدة التقادم لأنها ضد مصلحة المدين ، ويجيز تقصيره لأن التقصير فى مصلحته .

(٣) انظر ما يلى فقرة ١٢٥٠ .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٧٧ (مطابق) – الليبى م ٣٦٧ (مطابق) – العراقى م ٤٣٢ – ٤٣٣ (موافق) – اللبنانى م ٣٤٨ (موافق) .

ذلك أن نعرف فى أية ساعة على وجه الدقة بدأ سريان التقادم ، وهذا أمر تتعذر معرفته فإن التاريخ الذى يكتب فى الأوراق ويؤخذ عادة مبدأ لسريان التقادم لا تذكر فيه الساعة بل اليوم . فوجب إذن حساب المدة من يوم إلى يوم ، ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالى ، وفقاً للتقويم الميلادى. ويقتضى هذا عدم حساب اليوم الأول ، لأنه يكون عادة يوما ناقصا(١) . ثم نحسب مدة التقادم يوما فيوما حتى نصل إلى اليوم الذى تتم به عدة التقادم السنين التى حددها القانون ، ولا يكتمل التقادم إلا عند منتصف الليل من هذا اليوم . ويدخل فى الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد . وإذا كان اليوم الأخير يوما من أيام الأعياد أو المواسم وتعذر اتخاذ إجراء فيه لقطع التقادم ، فإن سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالى أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء . ولايكتمل التقادم إلا بانقضاء هذا اليوم دون أن يقطع الدائن سريانه .

وفى حساب المدة تضم مدة السلف إلى مدة الخلف . فلو أن الدائن مات بعد استحقاق الدين بثمانى سنوات وكانت مدة التقادم خمس عشرة سنة ، لم يبق أمام وارث الدائن إلا سبع سنوات للمطالبة بالدين . ولو أن الدائن نزل عن الدين لمحال له بعد ست سنوات من استحقاقه ، لم يبق للمحال له للمطالبة بالدين إلا تسع سنوات. فالخلف ، سواء كان خلفاً عاما أو خلفاً خاصا ، تحسب عليه مدة سلفه وتضم إلى مدته لاستكمال التقادم .

١٢٣٩ — مبدأ سريان التقادم : تنص المادة ٣٨١ مدنى على ما يأتى : « ١ — لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء . ٢ — وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة إلى الدين

---

(١) ذلك أنه إذا لم يكن سريان التقادم قد بدأ عند منتصف الليل تماما — وهذا أمر نادر لا يدخل فى الحساب — وأردنا أن نحسب ما تقدم من الساعات على منتصف الليل ، لاقتضى ذلك إما أن نحسب هذه الساعات يوما كاملا مع أنها يوم ناقص ، أو أن نحسب المدة بالساعات وهذا أمر متعذر كما سبق القول .

المؤجل إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل . ٣ – وإذا كان تحديد الميعاد متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته[١]» . فالقاعدة إذن أن يبدأ سريان التقادم من وقت استحقاق الدين ، إذ أن الدائن لم يكن يستطيع المطالبة بالدين قبل استحقاقه[٢] . هذا ما لم يرد نص خاص بجعل مبدأ سريان التقادم غير يوم استحقاق الدين . من ذلك التقادم الثلاثى بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة . فهذه الالتزامات جميعاً لا يسرى فى حقها تقادم ثلاث السنوات إلا من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بقيام الدين وبالشخص المسئول عنه . كذلك يسرى التقادم الثلاثى ، بالنسبة إلى دعاوى إبطال العقد لنقص الأهلية أو الغلط أو التدليس أو الإكراه ، من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية أو ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو ينقطع فيه الإكراه .

وتطبيقاً للقاعدة العامة من أن مبدأ سريان التقادم يكون من وقت استحقاق الدين ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط واقف من وقت تحقق هذا الشرط . وإذا كان لتحقق الشرط أثر رجعى فيرجع وجود الدين إلى وقت سابق على الوقت الذى تحقق فيه الشرط ، إلا أن الدين لا يكون نافذاً إلا من وقت تحقق الشرط ، والعبرة فى مبدأ سريان التقادم بنفاذ الالتزام

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٧٨ (مطابق) – الليبى م ٣٦٨ (مطابق) – العراقى م ٤٣٤ (موافق) – اللبنانى م ٣٤٨ (موافق) .

(٢) ومن ثم يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى حق الكفيل فى الرجوع على المدين من تاريخ وفاء الكفيل لهذا الدين لا من تاريخ استحقاق الدين المكفول ، وبالنسبة إلى دعوى تقديم الحساب على مصفى الشركة من وقت انتهاء مهمة المصفى (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ١٢) ، وبالنسبة إلى حق الفضولى فى استرداد المصروفات من وقت قيامه بالعمل الذى ترتب عليه منفعة رب العمل ، وبالنسبة إلى مسئولية أمين النقل من اليوم الذى يجب أن يتم فيه النقل (نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٩ ص ٤٠٢) ، وبالنسبة إلى دعوى التعويض التى يرجع بها المالك الحقيقى على البائع لملكه فى حالة عدم إمكان استرداد المبيع من المشترى من وقت البيع الذى صدر من البائع للمشترى إذ أن هذا البيع هو العمل غير المشروع الذى سبب الضرر المطالب بالتعويض عنه (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص٥٠٦ – ١٠ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٩٧ ص ٦٤٢) .

لا بوجوده . ويبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بحكم نهائى ، ذلك أن ضمان استحقاق المبيع هو التزام معلق على شرط واقف ويتحقق الشرط بثبوت استحقاق المبيع ، فيبدأ سريان التقادم من وقت ثبوت استحقاق المبيع بالحكم النهائى . أما الدين المعلق على شرط فاسخ فإنه نافذ منذ وجوده فيبدأ سريان التقادم من هذا الوقت ، فإذا اكتمل التقادم قبل تحقق الشرط سقط الالتزام سواء تحقق الشرط أولم يتحقق . ويبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المؤجل من وقت حلول الأجل ، بانقضائه(١) أو بسقوطه أو بالنزول عنه ، فإذا كان الدين مقسطا فكل قسط يعتبر دينا مستقلا بذاته ويسرى التقادم بالنسبة إلى كل قسط من وقت حلول هذا القسط(٢) . كذلك الديون الدورية المتجددة . كالأجر والأجور والفوائد وأقساط الإيراد ، فهى تحل فى مواعيد دورية ، وكل دفعة منها تحل يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها من وقت حلولها(٣) . وقد يكون تحديد الأجل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت مصلحة الضرائب ـ وفقاً للمادة ٤٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ وقبل تعديلها بالقانون رقم ٢٥٣ لسنة ١٩٥٣ ، لا تستطيع مطالبة الممول بالضريبة عن أرباحه إلا بعد مضى شهرين من تاريخ انتهاء السنة المالية أوقبل أول مارس من كل سنة ، فإن التقادم المسقط لدين الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية لا يبدأ سريانه إلا من هذا التاريخ (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٤ ص ٧٩٦) .

(٢) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٤ .

(٣) استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣١٠ – ٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٨ – وذلك حتى لو وجد شرط بحلول الأقساط جميعها عند التأخر فى دفع قسط منها وتحقق الشرط . فإن التقادم لا يسرى فى حق الأقساط الباقية إلا عند حلول مواعيدها الأصلية ، واشتراط حلولها عند التأخر فى دفع قسط إنما هو شرط فى مصلحة الدائن ، فلا يضار به بتقديم ميعاد سريان التقادم (استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٦ – ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٧ – عكس ذلك : استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥٩) .

هذا والالتزام بدفع إيراد مرتب غير الالتزام بدفع أقساط هذا الإيراد . فالالتزام بدفع كل قسط من أقساط الإيراد يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه من وقت حلول هذا القسط ، أما الالتزام بدفع الإيراد فى ذاته ـ دون نظر إلى أقساطه ، فيبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه من وقت وجوده . والمفروض فى هذه الحالة أن أى قسط من أقساط الإيراد لم يدفع ، لأنه لو دفع قسط منها فقد انقطع التقادم . ويبدأ سريان التقادم فى هذه الحالة منذ وجود الالتزام بالإيراد دون حاجة لانتظار حلول أول قسط منه ، فقد لا يحل إلا بعد سنة ، فيتقادم الالتزام بالإيراد بعد خمس عشرة سنة من وجوده ، أى بعد أربع عشرة سنة من حلول أول قسط . ويتقادم كل قسط من أقساط الإيراد ، وهى ديون دورية متجددة ، بانقضاء خمس سنوات من وقت حلول القسط .

موكولا إلى تقدير القاضي . كما إذا اتفق الدائن والمدين على أن يكون الدفع عند المقدرة ، فعند ذلك يحدد القاضي الأجل الذي يعتبر الدين حالا بعد انقضائه ، فلا يسرى التقادم إلا إذا حدد القاضي هذا الأجل ومنذ حلوله .

وقد يكون ميعاد استحقاق الدين متوقفاً على إرادة الدائن ، كما هو الأمر في سند مستحق الأداء عند تقديمه (à vue) . فيسرى التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته لا من الوقت الذي يختاره الدائن لتقديم السند ، وإلا كان أمر سريان التقادم موكولا إلى محض إرادة الدائن وأمكن أن يكون الدين غير قابل للتقادم . والوقت الذي يتمكن فيه الدائن من المطالبة بالوفاء يكون عادة وقت إنشاء الالتزام[1] . ما لم يثبت الدائن أنه لم يكن في استطاعته المطالبة بالوفاء إلا في وقت لاحق[2] .

المطلب الثاني

وقف التقادم وانقطاعه

§ ١ — وقف التقادم

(Suspension de la prescription)

١٢٤٠ — أسباب وقف التقادم: تنص المادة ٣٨٢ مدني على ما يأتي :

« ١ — لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه .

---

(١) استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٨٧ — ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٤ — الإسكندرية الوطنية ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٤ ص ٧٧٩ .

(٢) ويبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين الاحتمالي من وقت أن ينقلب إلى التزام محقق ، وعلى ذلك لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الالتزام بدفع رصيد الحساب الجاري إلا من وقت إقفاله وترصيده (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٠) . وقد قضت محكمة النقض بأن الالتزام بالتعويض عن قرار إداري مخالف للقانون بالمنع من البناء عن سنوات لاحقة لرفع دعوى التعويض يعتبر التزاما احتماليا ، ومن ثم فلا يسرى التقادم بالنسبة إليه إلا إذا انقلب إلى التزام محقق بوقوع الضرر الموجب له والتجدد في كل عام نتيجة للقرار الإداري المذكور . ويبدأ التقادم بالنسبة إليه منذ تحققه ، إذ من هذا التاريخ ، يصبح التعويض مستحق الأداء عملا بنص الفقرة الأولى من المادة ٣٨١ مدني (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧٤ ص ٥٢٠) .

ولوكان المانع أدبيا . وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب .
٢ – ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية . إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا »[١]. ويخلص من هذا النص أن التقنين المدنى الجديد قد استحدث تعديلا هاما فى أسباب وقف التقادم . فبعد أن كانت هذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر فى التقنين المدنى السابق أسوة بالتقنين المدنى الفرنسى أصبحت فى التقنين الجديد سببا عاما يندرج تحته كثير من الأسباب . فكلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه يقف سريان التقادم ولو كان هذا المانع أدبيا .

وقد عدد التقنين المدنى الفرنسى كما قدمنا أسباب وقف التقادم على سبيل الحصر . وهى طائفتان من الأسباب : (الطائفة الأولى) هم القصر والمحجورون فلا يسرى فى حقهم التقادم إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات ، سواء كان لهم ممثل أو لم يكن . (الطائفة الثانية) الزوجان فلا يسرى التقادم فيما بينهما ، والوارث الذى قبل الميراث مع الاحتفاظ بحقه فى الجرد إذا كان دائنا للتركة فيقف سريان التقادم لصالح هذا الوارث حتى لا يضطر إلى مقاضاة التركة . ولا يجوز فى القانون الفرنسى التوسع فى هذه الأسباب ، وبخاصة لا يجوز فى نظر الفقه الفرنسى الرجوع إلى قاعدة تقليدية كانت معروفة فى القانون الفرنسى القديم وكانت تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه (contra non valentem non courit prescriptio) ، فأى مانع يتعذر معه على الدائن أن يقطع التقادم يكون سببا لوقف سريانه[٢] . وإذا كان التقنين المدنى المصرى السابق قد حذا حذو التقنين المدنى الفرنسى فى حصر أسباب وقف التقادم كما قدمنا . فإن التقنين المدنى المصرى الجديد قد عدل

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٧٩ (مطابق) – الليبى م ٣٦٩ (مطابق) – العراق م ٤٣٥ – ٤٣٦ (موافق ، فيما عدا أن التقنين العراقى يقف التقادم لصالح ناقص الأهلية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا ، فى جميع مدد التقادم) – اللبنانى م ٣٥٤ – ٣٥٦ (موافق ، فيما عدا أن التقادم يقف ، فى التقنين اللبنانى ، لصالح ناقص الأهلية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا ، فى جميع مدد التقادم) .

(٢) أما القضاء الفرنسى ، فعلى النقيض من الفقه الفرنسى ، قد استقر على العمل بهذه القاعدة .

عن هذه المحاذاة . وجعل التقادم يقف «كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا » . فجاءت هذه العبارة من حيث العموم بحيث تذكر بالقاعدة التقليدية في القانون الفرنسي القديم التي سبقت الإشارة إليها . ويوجه هذا الاتجاه أن مدة التقادم في التقنين المدني المصري خمس عشرة سنة ، وهي نصف المدة في التقنين المدني الفرنسي . فلم ير المشرع بأسا من أن تطول هذه المدة بالعذر الشرعي . وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية — وهي المصدر الذي استقت منه مدة التقادم — عندما قررت عدم جواز سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي . فمدة التقادم والعذر الشرعي أمران متلازمان ، وقد أخذ التقنين الجديد فيهما معاً بأحكام الشريعة الإسلامية .

على أنه من المصلحة أن تنضبط من ناحية التطبيق حدود المانع الذي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، فهناك موانع تتعلق بالشخص وموانع ترجع إلى ظروف مادية .

١٢٤١ — أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص : أهم هذه الأسباب هو السبب المتعلق بناقص الأهلية والمحجورين إذا كانت مدة التقادم تزيد على خمس سنوات ولم يكن لهم نائب يمثلهم قانونا . فمدد التقادم التي تزيد على خمس سنوات لا يقف سريانها لصالح القصر والمحجورين ولو لم يكن لهم من يمثلهم قانونا من ولي أو وصي أو قيم . لأن هذه المدد يقوم التقادم فيها على اعتبارات يستوي عندها القاصر والمحجور بالبالغ الرشيد . فالديون الدورية المتجددة تتقادم بخمس سنوات حتى لا تتراكم على المدين فترهقه . وحقوق أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات لقيام قرينة على الوفاء . وحقوق التجار ومن إليهم تتقادم بسنة واحدة لقيام قرينة الوفاء أيضاً . وهذه الاعتبارات قائمة بالنسبة إلى المدين سواء كان دائنه بالغا رشيداً أو كان قاصراً أو محجورا . والضرائب والرسوم تتقادم بثلاث سنوات ، والدائن هنا هو الدولة لا يلحقها قصر ولا حجر . وهناك مدد تقادم أخرى وردت في نصوص متفرقة ، كتقادم دعاوى الإبطال ودعاوى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . إذا وقف سريان التقادم فيها للقصر أو للحجر لم يتحقق الغرض الذي أراده المشرع من تقصير مدد التقادم وهو استقرار الأوضاع بعد انقضاء مدة معقولة . فإذا زادت

مدة التقادم على خمس سنوات — وهى لا تكون حينئذ إلا خمس عشرة سنة — وجب التمييز بين ما إذا كان القاصر أو المحجور له نائب يمثله أو ليس له نائب. فإذا كان له نائب لم يقف سريان التقادم ، وعلى النائب أن يقطع التقادم وأن يطالب بحق محجوره . وإلا كان هو المسئول نحو المحجور. وإذا لم يكن له نائب وقف سريان التقادم حتى يقام له نائب أو حتى يزول القصر أو الحجر .

وقد يقوم مانع شخصى غير القصر والحجر يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه . من ذلك الغيبة الاضطرارية لسجن أو أسر أو نحو ذلك[1]. وحالة اتحاد الذمة مانع طبيعى من أن يطالب الدائن بحقه . فقد أصبح دائنا ومدينا فى وقت واحد، فلا يستطيع أن يطالب نفسه . فإذا زال سبب اتحاد الذمة بأثر رجعى ، فهذا الأثر الرجعى لا شأن له بما وقف من سريان التقادم ، ولا تحسب المدة التى قام فى خلالها اتحاد الذمة ضمن مدة التقادم . وقد يكون المانع من أن يطالب الدائن بحقه هى العلاقة القائمة بينه وبين المدين . فالعلاقة ما بين الزوجين قد تكون مانعا أدبيا لأى منهما أن يطالب الآخر بحقه ، وإلا تعكر صفو السلام فى الأسرة[2] . والعلاقة ما بين الأصول والفروع هى أيضاً مانع أدبى ، يكون مانعا أدبيا علاقة القرابة أيا كانت مادامت علاقة وثيقة واقترنت بملابسات تؤكد معنى المنع . وهذه مسألة واقع يقررها قاضى الموضوع . والعلاقة ما بين المخدوم والخادم مانع أدبى ، ما دامت علاقة الخدمة قائمة . والعلاقة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم . ويدخل فى ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل مادامت الوكالة قائمة وذلك فى حدود أعمال الوكالة[3] . والعلاقة ما بين الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور مادام الحجر قائما . والعلاقة ما بين الشخص المعنوى والمدير مادامت صفة الإدارة قائمة .

---

(١) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٥٣ (جندى أسر فى السودان) — وهذه غير الغيبة المنتظمة التى يقام من أجلها وكيل للغائب ، والتى تدخل فى أسباب الحجر سالفة الذكر .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التى تختلف فى الدعاوى بحسب ظروفها (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧) . فقد يتفق أن ينفصل الزوجان ويقع الشقاق بينهما مع بقاء الزوجية قائمة . فلا تعود هذه العلاقة عندئذ مانعا أدبيا .

(٣) وذلك ما لم تتعكر العلاقة بينهما (نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٥) .

ويقف سريان التقادم فى جميع الموانع التى قدمناها أيا كانت مدة التقادم ، خمس سنوات أو أكثر أو أقل . وذلك فيما عدا القصر والحجر فقد رأينا أن التقادم لا يقف فيهما إلا إذا كانت مدته أطول من خمس سنوات .

١٢٤٢ — أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى ظروف مادية : وقد يرجع المانع . لا إلى اعتبار يتعلق بالشخص . بل إلى ظرف مادى اضطرارى أقرب ما يكون إلى القوة القاهرة[1] يتعذر معه على الدائن أن يطالب حقه . فيقف سريان التقادم أيا كانت مدته . خمس سنوات أو أكثر أو أقل . من ذلك قيام حرب مفاجئة أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية ، إذا كان شيء من ذلك قد منع المحاكم من مباشرة أعمالها . ومن ذلك أيضاً انقطاع المواصلات ، بحيث لا يتمكن الدائن من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه . ومن ذلك أخيراً ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية . فإذا انفصلت الأولى عن الثانية ، وانقضت الدعوى الجنائية بصدور حكم فيها ، فقد استقلت الدعوى المدنية بمدة تقادمها وهى ثلاث سنوات . ولكن هذه المدة يوقف سريانها مادامت الدعوى الجنائية قائمة ، لأن الطريق الجنائى يقف الطريق المدنى ، فالقانون يمنع نظر الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية فى أثناء نظر الدعوى الجنائية . ومن ثم كان قيام الدعوى الجنائية سبباً لوقف سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى المدنية .

١٢٤٣ — الأثر الذى يترتب على وقف التقادم : ومتى وقف سريان التقادم ، فالمدة التى وقف سريان التقادم فى خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم وتحسب المدة السابقة والمدة التالية . فلو أن الدائن ترك حقه الذى يتقادم

---

(١) ولم نقل القوة القاهرة ، إذ لا يشترط فى المانع ما يشترط فى القوة القاهرة ، ويكفى فى المانع أن يقوم دون أن يكون مصدره خطأ الدائن حتى يقف سريان التقادم . فيعتبر جهل الدائن بوجود حقه عن غير تقصير مانعا يقف التقادم (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٢) – وقد لا يكون هذا الجهل قوة قاهرة بالمعنى الدقيق (انظر أيضاً نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٠٢) . ولكن قيام النزاع على الملكية لا يعتبر مانعا من سريان التقادم بالنسبة إلى التعويض الذى يرجع به المالك الحقيق على البائع لملكه عند عدم إمكان استرداد المبيع من المشترى ، لأن هذا النزاع لم يكن ليحول دون المطالبة ولو بطلب احتياطى فى دعوى الملكية (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٧ ص ٥٠٦) .

بخمس عشرة سنة دون أن يطالب به المدين اثنتى عشرة سنة ، ثم مات وورثه قاصر لم يعين له نائب يمثله قانونا ، فوقف سريان التقادم مدة سنتين إلى أن عين للقاصر وصى فعاد التقادم إلى السريان . فإن مدة السنتين التى وقف فى خلالها سريان التقادم لاتحسب . وتحسب الاثنتا عشرة سنة التى تقدمتها . ومن ثم يبقى للقاصر من وقت تعيين وصى له ثلاث سنوات أخرى – لاسنة واحدة – قبل أن يتقادم حقه .

§ ٢ – انقطاع التقادم

(Interruption de la prescription)

(١) أسباب انقطاع التقادم

١٢٤٤ – نوعاد من الأسباب : يعرض للتقادم أن ينقطع ، فتكون المدة التى انقضت قبل الانقطاع كأنها لم تكن ولاتدخل فى حساب التقادم ، حتى إذا بدأ سريان التقادم من جديد بعد انقطاعه ، أعقب التقادم الذى زال بالانقطاع تقادم جديد . والأسباب التى تقطع التقادم إما أن تكون صادرة من الدائن ، أوصادرة من المدين .

١٢٤٥ – الأسباب الصادرة من الدائن : تنص المادة ٣٨٣ مدنى على أن « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أوفى توزيع ، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه فى إحدى الدعاوى »(١) . فلا بد إذن أن يصل الدائن ، حتى يقطع التقادم ، إلى حد المطالبة القضائية . فلا تكفى المطالبة الودية ولو بكتاب مسجل ، بل ولا يكفى الإنذار الرسمى

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٨٠ (مطابق) – الليبى م ٣٧٠ (مطابق) – العراقى م ٤٣٧ (موافق) – اللبنانى م ٣٥٧ (أسباب قطع التقادم فى التقنين اللبنانى أيسر ، فالإعذار مثلا كاف لقطع التقادم) .

على يد محضر (الإعذار)[١] . وينقطع التقادم بالمطالبة القضائية[٢] ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، وذلك لتعقد قواعد الاختصاص وقد ظهرت نية الدائن المحققة في المطالبة قضائيا بحقه ويستوى فى ظهور هذه النية أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة أو أمام محكمة غير مختصة[٣] . ولكن إن كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل فليس لها وجود قانونى ، ولا يترتب عليها أى أثر ، ومن ثم لا تقطع التقادم[٤] .

---

(١) ولا يكفى لقطع التقادم مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية كوضع الأختام وقيد الرهن وتجديد القيد . ولا تكفى المطالبة أمام قاضى الأمور المستعجلة . ولا طلب المعافاة من الرسوم القضائية ولو انتهى الأمر إلى قبول الطلب (نقض مدنى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٧ ص ١٠) ، ولا التظلم المرفوع إلى سلطة إدارية (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٣) .

هذا ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق الدائن مع المدين على أن التقادم ينقطع بمجرد إنذار رسمى أو غير رسمى ، أو بأى عمل من الأعمال التى قدمنا أنها لا تقطع التقادم ، ويكون الاتفاق صحيحا.

(٢) ولو بجزء من الدين ، وقد قضت محكمة النقض بأن المطالبة الحاصلة من الدائن بجزء من المبلغ المبين بسند الدين قاطعة للتقادم بالنسبة إلى باقى قيمة السند (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١١٤ ص ٧٥٦) . ومن جهة أخرى لا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه ويسقط بسقوطه ، فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦) .

(٣) ويستوى أن تكون المحكمة غير مختصة اختصاصا محليا ، أو غير مختصة اختصاصا نوعيا . أو أن تكون محكمة لا ولاية لها .

(٤) نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤ — كذلك إذا ترك الدائن الخصومة ، أو قضى بسقوط الخصومة لانقضاء سنة من آخر إجراء صحيح ، أو انقضت الخصومة بمضى خمس سنوات على آخر إجراء صحيح ، ترتب على ذلك إلغاء صحيفة الدعوى واعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن . ومن ثم يعتبر التقادم الذى كان قد بدأ سريانه مستمراً أبدا فى السريان ، فإذا كان قد اكتمل سقط الحق بالتقادم ، وإلا استمر فى سريانه إلى أن يكتمل فيسقط الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبتدئ تقادم جديد . وإذا شطبت الدعوى فى ظل تقنين المرافعات السابق حيث تظل صحيفة الدعوى منتجة لآثارها مادامت لم تتخذ إجراءات سقوط الخصومة ، فإن الشطب لا يمنع من انقطاع التقادم (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١١٤ ص ٧٥٦) . وإذا رفضت الدعوى لسبب لا يرجع إلى موضوع الحق ، كأن رفضت بالحالة التى هى عليها ، ألغى الرفض صحيفة الدعوى واعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦) . والقضاء =

وينقطع التقادم أيضاً بالتنبيه (commandament)[1] . ولا يشترط أن يعقبه الحجز ، وإذا ماأعقبه فعلا فلا يشترط أن يكون الحجز صحيحا . ويقوم مقام التنبيه فى قطع التقادم الإنذار الذى يوجهه الدائن المرتهن لحائز العقار المرهون بالدفع أو التخلية . وإذا أراد الحائز تطهير العقار المرهون ، جاز للدائن المرتهن أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويكون الطلب بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق . فهذا الإعلان يقوم هو أيضاً مقام التنبيه فى قطع التقادم بالنسبة إلى دعوى الرهن .

وينقطع التقادم كذلك بالحجز . فى التنفيذ على العقار يبدأ التنفيذ بالتنبيه ، والتنبيه يقطع التقادم كما رأينا . ثم يسجل التنبيه ويترتب على تسجيله اعتبار العقار محجوزا ، فيعود التسجيل وهو بمثابة حجز إلى قطع التقادم مرة أخرى . وفى التنفيذ على المنقول يسبق الحجز تنبيه ينقطع به التقادم ، ثم يوقع الحجز فينقطع به التقادم مرة أخرى . وفى حجز ما للمدين لدى الغير ، إذا كان الحجز تحفظيا ، ينقطع التقادم بتوقيع الحجز تحت يد مدين المدين ، وينقطع التقادم ليس فحسب بالنسبة إلى الدين الذى فى ذمة المدين للدائن ، بل أيضاً

= فى الدعوى الأصلية بعدم القبول على أساس عدم وجود حق للمدعى قبل المدعى عليه يترتب عليه زوال ماكان لهذه الدعوى من أثر فى قطع التقادم ، واعتبار انقطاع التقادم المبنى عليها كأن لم يكن (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٠٤ ص ٧٣٦) .

أما إذا كان من رفع الدعوى هو المدين نفسه ، وقدرفعها على الدائن يطلب الحكم ببراءة ذمته من الدين أو ببطلانه أو بانقضائه بأى سبب ولو بالتقادم ، ورفضت هذه الدعوى ، فإنها لا تقطع التقادم . وقد قضت محكمة النقض بأن المدين إذا رفع دعوى ببراءة ذمته من الدين ، فإن ذلك لا يعتبر منه اعترافا بالدين ، ولا ينقطع التقادم (نقض مدنى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ٤٢٨) . وقضت أيضاً بأن رفع الدعوى من المدين ببراءة ذمته من الدين لانقضائه بالتقادم ينافى اعتباره معترفا بالدين اعترافا يقطع مدة التقادم التى لم تكن قد تكاملت ، كما أن تمسك الدائن بدينه فى تلك الدعوى ليس هو التنبيه الرسمى وهو لا يغنى عن التنبيه ولا عن التنفيذ (نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص ٥٠ – وقارب نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨) .

(١) نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٨ ص ٢٨٠ – فإذا حكم بإلغاء التنبيه ، زال ماكان له من أثر فى قطع التقادم (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٩ ص ١١٣٤) .

بالنسبة إلى الدين الذى فى ذمة مدين المدين للمدين وفى كل هذا الدين لا فيما يعادل دين الدائن فى ذمة المدين فقط[١] .

وينقطع التقادم بالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس ، بأن يسلم إلى المحكمة سند حقه مع كشف ببيان ما يطالب . فينقطع التقادم . وكذلك قبول الدائن فى التفليسة حتى ولو لم يتقدم إليها بنفسه بقطع التقادم ، ويعتبر هذا بمثابة إقرار بحقه والإقرار يقطع التقادم كما سنرى . وطلب الدائن شهر إفلاس المدين أو شهر إعساره يقطع التقادم من باب أولى .

وينقطع التقادم بتقدم الدائن فى توزيع لأموال المدين ، سواء كان توزيعا بالمحاصة أو توزيعا بحسب درجات الدائنين[٢] .

---

(١) استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢١ – استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٩ – ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٤ .

(٢) وكان القضاء المختلط فى عهد تقنين المرافعات السابق يجعل دخول الدائن فى التوزيع قاطعا للتقادم ، وذلك لأنه كان يوجب إعلان المدين بإجراءات التوزيع ، أما القضاء الوطنى فلم يكن يوجب هذا الإعلان فلم يكن دخول الدائن فى التوزيع قاطعا للتقادم (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٧ – ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤ – ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٠ – ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٨٠) . وقضت محكمة النقض بأن طلب فتح التوزيع لا يوجه قبل المدين ، فهو إذن لا يقطع سريان التقادم (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٨ ص ٢٩٢) ، ولكنه يقطع التقادم فى النظام المختلط لأنه يتحتم فى هذا النظام إعلان المدين بإجراءات التوزيع وإعلانه بالحضور للاطلاع على القائمة المؤقتة (نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٥ ص ١١٧٥ – ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٣) . وقضت بأن تقدم الدائن فى التوزيع فى النظام المختلط قاطع للتقادم لإعلان المدين به ، إلا أنه يجب القول بانتهاء هذا الانقطاع – كما هو الحال فى الدعاوى – بانتهاء الفصل فى طلب الدائن واستبعاده نهائيا ، فإذا كانت القائمة المؤقتة التى استبعدت دين الدائن قد أعلنت له ولم يناقض فيها ، فإن الانقطاع ينتهى بفوات ميعاد المناقضة وصيرورة هذا الاستبعاد نهائيا ، وتبدأ مدة تقادم أخرى من هذا التاريخ ، ولا محل للقول بأن الانقطاع يستمر بالنسبة إلى مثل هذا الدائن بعد استبعاد دينه حتى صدور القائمة النهائية أو صدور أمر القاضى بتسليم قوائم الصرف للدائنين الآخرين (نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦ ص ٦٦) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه وإن كان تقدم الدائن فى التوزيع مطالبا باختصاصه بجزء من أموال مدينه هو مما ينقطع به التقادم فى النظام القضائى المختلط على أساس أن المدين يعلن به ، إلا أن الأثر المترتب على هذا الانقطاع ينتهى بإقفال التوزيع ، ولا اعتداد بتاريخ صرف ما اختص به الدائن فى التوزيع ، ذلك أن إجراءات الصرف ليس من شأنها امتداد أثر =

وينقطع التقادم بأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه فى أثناء السير فى إحدى الدعاوى . ومن هذه الأعمال الطلبات العارضة المقدمة من الدائن إذا كان مدعى عليه ، وتدخل الدائن فى دعوى سبق رفعها[1] .

١٢٤٦ — الأسباب الصادرة من المدين : تنص المادة ٣٨٤ مدنى على ما يأتى : « ١ — ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا . ٢ — ويعتبر إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين »[2] . فإذا مضت مدة على استحقاق الدين دون أن يتكامل التقادم ، ثم أقر المدين بأن الدين لايزال فى

= انقطاع التقادم المترتب على الدخول فى التوزيع ، إذ هى لا تعدو أن تكون إجراءات إدارية بحتة تجرى بين قلم الكتاب وبين الدائن وليس المدين طرفاً فيها (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٠٨ ص ٧٦٩) .

أما التقنين المدنى الجديد فالنص فيه صريح بأن الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى توزيع يقطع التقادم (م ٣٨٣ مدنى) .

(١) نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٤ ص ١٨٧ — فإذا رفع المدين دعوى على الدائن يطالبه فيها بحق له فى ذمته ، ورفع الدائن الدعوى مطالبا بحقه الذى له فى ذمة مدينه وطالبا إجراء المقاصة القضائية بين الحق الذى له والدين الذى عليه ، فإن الدائن بهذا الطلب العارض يكون قد قطع التقادم . كذلك إذا تدخل الدائن فى دعوى يكون مدينه فيها أحد الخصوم ، مطالبا فى تدخله المدين بحقه فى ذمته ، فإنه يكون بهذا التدخل قد قطع التقادم .

وتمسك الدائن بحقه فى تحكيم يقطع التقادم ، ويبتدئ تقادم جديد من وقت انتهاء مهمة المحكمين . ويعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن إذا رفض طلب الدائن أو أبطلت إجراءات التحكيم .

وتقديم المحامى طلب تقرير الأتعاب إلى مجلس النقابة يعتبر إعلانا بخصومة ، وتترتب عليه آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم (نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨١ ص ٥٣٢) .

وقد ينص القانون على أية طريقة أخرى لقطع التقادم ، كما نص القانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ بأن ينقطع التقادم بالمطالبة بأداء رسم الدمغة بكتاب موصى عليه بعلم الوصول (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١١٠ ص ٧٢٢) .

ولكن لا يقطع التقادم دعوى الصورية التى يطعن بها الدائن فى تصرف لمدينه ، لأن دعوى الصورية لا يمكن اعتبارها — مع التسليم بأنها تمهيد للتنفيذ — بمثابة التنبيه القاطع للتقادم (نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٤ ص ١٨٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٨١ (مطابق) — الليبى م ٣٧١ (مطابق) — العراقى م ٤٣٨ (موافق) — اللبنانى م ٣٥٨ (موافق) .

ذمته . فإن التقادم ينقطع بهذا الإقرار . وليس الإقرار بالدين القاطع للتقادم هو مجرد تقرير للواقع من جانب المدين . فإن تقرير المدين أن الدين باق فى ذمته كأمر واقع لا يتعارض فى طبيعته مع استمرار سريان التقادم . ولكن الإقرار القاطع للتقادم ينطوى على نزول المدين عن الجزء الذى انقضى من مدة التقادم . فهو عمل مادى ينطوى على تصرف قانونى . وهو كإقرار المدين أمام القضاء واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى هو نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه[1] . وإقرار المدين بالدين تصرف صادر من جانبه وحده . فلا حاجة لقبول الدائن لهذا الإقرار . ولا يجوز للمدين بعد الإقرار أن يرجع فيه .

وقد يكون إقرار المدين بحق الدائن إقراراً صريحا أو إقرارا ضمنيا . والإقرار الصريح لا يشترط فيه شكل خاص . وقد يكون مكتوبا أو غير مكتوب . موجها إلى الدائن أو غير موجه إليه . وقد يكون فى صورة اتفاق بين المدين والدائن أو فى صورة اتفاق بين المدين والغير أو صادرا من جانب المدين وحده دون أى اتفاق[2] . والإقرار الضمنى يستخلص من أى عمل يمكن أن يفيد

---

(١) ولما كان الإقرار ليس نزولا عن الحق نفسه ، بل نزولا عن مدة التقادم التى انقضت . لذلك لا يشترط فى المدين الذى صدر منه الإقرار أهلية التصرف فى الحق ، بل يكفى أن تتوافر فيه أهلية الإرادة . فالصبى المميز إقراره صحيح وقاطع للتقادم ، فى حدود أهليته للإدارة . وكذلك يستطيع الولى أو الوصى أو القيم أن يقر بدين فى ذمة القاصر أو المحجور فى حين أنه لا يستطيع أن ينزل عن حق للصغير أو المحجور ، ولو بإذن المحكمة .

(٢) وقد يرد الإقرار الصريح فى محضر جرد لحصر تركة المدين ، أو فى قبول الدائن فى تفليسة المدين ، أو فى بيع يصدر من المدين للغير مع إنابة المشترى فى دفع الثمن للدائن وفاء بالدين . أو فى توكيل يصدر من المدين للغير للوفاء بالدين . أو فى مذكرات يتقدم بها المدين فى قضية لا يكون الدائن خصما فيها . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إقرار المستأجر بالأقساط المتأخرة من الأجرة والتعهد بدفعها فى ميعاد معين يقطع التقادم ، ويسرى تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (استئناف مختلط ١٣ يسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٠٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا تضمنت التسوية إقراراً بالدين ثم أبطلت ، بقى الإقرار قاطعا للتقادم (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٧) . وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الدائن قد رفع الدعوى يطالب بدينه واستخلص الحكم ، من إدماج الدائن دينا لمدينه فى ذمته فى الحساب الذى أوضحه فى عريضة دعواه ومن طلبه استنزال هذا الدين مما له فى ذمة المدين ، أن ذلك يعتبر إقرارا من الدائن من شأنه قطع مدة تقادم دين مدينه فى ذمته ، فإن ذلك يكون استخلاصا موضوعيا سائغاً ولا مخالفة فيه للقانون (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣ ص ٤٣) .

معنى الإقرار . فيكون الإقرار ضمنيا إذا دفع المدين قسطا من الدين[١] ، أو دفع فوائده ، أو قدم رهنا أو كفالة لضمانه ، أوطلب مهلة للوفاء به[٢] ، أو عرض مقاصته فى دين مقابل[٣] . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان العمل الذى صدر من المدين ينطوى على إقرار ضمنى ، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض[٤] .

ومجرد تقديم رهن تأمينا للدين يعتبر إقرارا ضمنيا كما قدمنا . أما إذا كان الرهن رهن حيازة . وكان المرهون مالا مملوكا للمدين ، فإن ترك المدين ماله فى حيازة الدائن تأمينا لوفاء الدين هو إقرار ضمنى مستمر بالدين . ويبقى هذا الإقرار الضمنى المستمر قائما بعد استحقاق الدين ، مهما طالت المدة التى مضت على استحقاقه . ويبقى التقادم منقطعا مادام المال المرهون فى حيازة الدائن[٥]. وهذا بخلاف الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحق الامتياز . فإن ثبوت حق من هذه الحقوق للدائن تأمينا للوفاء بالدين لا يعتبر إقرارا مستمراً من المدين

---

(١) استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢١ — استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٨ .

(٢) استئناف مصر ٣٠ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص ١٠٤ .

(٣) وإذا رد المدين على الدائن يعترف بأصل الدين ويقرر فى الوقت ذاته براءة ذمته منه ، لم ينقطع التقادم ، لأن الإقرار القاطع للتقادم هو إقرار المدين ببقاء الدين فى ذمته (استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٠ ص ٩١١) . وإذا عرض المدين أن يدفع مبلغا على سبيل الصلح ، لم يعتبر هذا العرض إقرارا ضمنيا بالدين ، إذ أن رغبة المدين فى الصلح وحسم النزاع لا يستخلص منها حتما أنه يقر بالدين فى ذمته (نقض فرنسى ١٤ مايو سنة ١٩١٨ داللوز ١٩٢٦ — ١ — ٢٠٤) .

(٤) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤ — ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٥ ص ١٥٦٧ .

(٥) ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا إذا خرج المال المرهون من حيازة الدائن (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ — استئناف وطنى ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١١٧ ص ٣٧٤ — استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦٥ — ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة حول هذه المسألة بأن التأمين الذى يودعه المستأجر لضمان الأجرة عند المؤجر يعتبر بمثابة أجرة مدفوعة مقدما ، فلا يسرى فى حقها التقادم ، وإنما يسرى على ما يتبقى من الأجرة بعد خصم التأمين (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٦) .

بدينه . ولا ينقطع التقادم بقيد حق من هذه الحقوق ولا بتجديد القيد . فإن القيد والتجديد عمل صادر من الدائن لا من المدين[١] .

(ب) الأثر الذى يترتب على انقطاع التقادم

١٢٤٧ — بدء تقادم جديد : تنص المادة ٣٨٥ مدنى على ما يأتى :
« ١ — إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . وتكون مدته هى مدة التقادم الأول . ٢ — على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى . أو كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين . كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمنا لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم »[٢] . ويخلص من هذا النص أنه إذا انقطع التقادم زال أثره . وأصبحت المدة التى انقضت قبل انقضائه كأن لم تكن . فلا يعتد بها فى حساب التقادم الجديد الذى يلى التقادم المنقطع . أما فى وقف التقادم ، فقد قدمنا أن المدة التى سبقت الوقف تبقى ويعتد بها فى مدة التقادم عندما يعود إلى السريان بعد زوال سبب الوقف .

ويحل محل التقادم المنقطع تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . فإذا كان السبب الذى قطع التقادم السابق هو المطالبة القضائية ، بقى أثر الانقطاع قائما ما دامت الدعوى قائمة . فإن انتهت بحكم نهائى يقضى للدائن بطلباته بدأ سريان تقادم جديد من وقت صدور هذا الحكم ، وسنرى أن مدة هذا التقادم الجديد تكون دائما خمس عشرة سنة ولو كان

---

(١) ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى ويغلب فيها معنى التصرف القانونى كما هو الأمر فى الوفاء ، فإن إثبات الإقرار يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرف القانونى ولو كان من جانب واحد . فتجب إذن الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمة الالتزام المدعى بقطع تقادمه تزيد على عشرة جنيهات .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٨٢ (مطابق) — الليبى م ٣٧٢ (مطابق) — العراقى م ٤٣٩ (موافق) — اللبنانى م ٣٥٩ (موافق فيما عدا أن الإقرار بالدين له أثر الحكم فيما يختص بمدة التقادم الجديد فى التقنين اللبنانى) .

التقادم السابق مدته أقصر من ذلك[١] . وإذا كان السبب الذى قطع التقادم السابق هو التنبيه . فإن التقادم الجديد يسرى فورا عقب التنبيه . ويبقى ساريا إلى أن يقطعه الحجز الذى يلى التنبيه . والحجز . إذا كان هو السبب فى قطع التقادم السابق . يدوم أثره فى قطع التقادم مادامت إجراءاته متعاقبة على النحو الذى قرره القانون . حتى يصل إلى التوزيع . فإذا أقفل التوزيع بدأ سريان التقادم الجديد من وقت الإقفال . وإذا كان سبب انقطاع التقادم السابق هو التقدم فى تفليس أو فى توزيع . بقى أثر الانقطاع قائما إلى أن تقفل التفليسة أو التوزيع . وعند ذلك يبدأ سريان التقادم الجديد . وكذلك الحال فى كل عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه فى أثناء السير فى إحدى الدعاوى . فمتى انتهى الأثر المترتب على هذا العمل بدأ سريان التقادم الجديد[٢]. وإذا كان سبب قطع التقادم هو إقرار المدين بحق الدائن . بدأ سريان التقادم الجديد فوراً عقب هذا الإقرار[٣] .

والتقادم الجديد الذى يحل محل التقادم الذى انقطع يكون مماثلا لهذا التقادم السابق فى مدته [٤] وفى طبيعته . ويستثنى من هذه القاعدة حالتان : (الحالة الأولى) إذا انتهى السبب الذى قطع التقادم السابق بحكم حاز قوة الأمر المقضى أى بحكم نهائى . ففى هذه الحالة أيا كانت مدة التقادم السابق . تكون مدة التقادم الجديد الذى يبدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائى

---

(١) أما إذا انتهت الدعوى برفض طلبات الدائن أو ترك الدائن للخصومة أو سقوط الخصومة أو انقضائها ، فقد قدمنا أن ذلك يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى واعتبار انقطاع التقادم كأن لم يكن ، فيعتبر التقادم الأصلى ساريا منذ البداية . وقد تنتهى الدعوى . إذا رفعت إلى محكمة غير مختصة ، بحكم نهائى بعدم الاختصاص . وفى هذه الحالة تبقى صحيفة الدعوى حافظة لأثرها من قطع التقادم ، ولا يسرى التقادم الجديد إلا من وقت صدور الحكم النهائى بعدم الاختصاص .

(٢) فدعوى المدعى عليه مثلا يبقى أثرها فى قطع التقادم قائما إلى أن تنتهى الدعوى بحكم بالقبول أو بالرفض . أو إلى أن تنتهى الخصومة بالترك أو بالسقوط . والتدخل كذلك يبقى أثره قائما فى قطع التقادم . إلى أن ينتهى هذا التدخل .

(٣) هذا إلا إذا كان الإقرار مستخلصا من حالة مستمرة ، كما إذا كان فى يد الدائن على سبيل الرهن الحيازى عين مملوكة للمدين . فقد قدمنا أن التقادم يبقى منقطعا مادامت العين المرهونة فى يد الدائن ، ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا عند خروج العين من يده .

(٤) استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٦ .

خمس عشرة سنة كاملة . ولوكانت مدة التقادم السابق أقصر كأن كانت خمس سنوات أو ثلاثا أوسنة واحدة(١) . ذلك أن الحكم النهائى يقوى الالتزام ، ويمده بسبب جديد للبقاء . فإذا كان هذا الالتزام مما كان تقادمه السابق يقوم على قرينة الوفاء . فإن هذه القرينة تزول نهائيا بصدور الحكم مثبتا الدين فى ذمة المدين . ولوكان الالتزام دوريا متجدداً وصدر حكم نهائى به ، فإن هذا الالتزام تزول عنه صفتا الدورية والتجدد . ولكن قد يتضمن الحكم فوق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتا الدورية والتجدد . كما إذا قضى للمؤجر بالمستحق من الأجرة وبما يستجد منها منذ صدور الحكم إلى يوم التنفيذ . فإن الالتزام بالمستحق من الأجرة قد فقد صفتى الدورية والتجدد لأنه مستحق يوم صدور الحكم ، فلا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة . أما الالتزام بما يستجد من الأجرة إلى يوم التنفيذ فيبقى محتفظا بصفتى الدورية والتجدد بالرغم من صدور حكم به . لأنه غير مستحق يوم صدور الحكم بل هو يستحق على أقساط دورية متجددة . فيتقادم كل قسط منها بخمس سنوات تسرى من الوقت الذى يحل فيه هذا القسط . (الحالة الثانية) إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين . كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة . والديون التى تتقادم بسنة واحدة هى كما رأينا حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء . فهذه الحقوق إذا صدر بها حكم فالحكم لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة كما سبق القول . وإذا انقطع التقادم فيها عن طريق إقرار المدين . فقد انتفت قرينة الوفاء كما انتفت فى حالة الحكم ، فيكون التقادم الجديد مدته خمس عشرة سنة كذلك . ولكن إذا انقطع التقادم فى هذه الحقوق بغير الحكم وبغير إقرار المدين . كأن ينقطع بالتنبيه أو بالحجز أو بالمطالبة القضائية التى تنتهى إلى حكم بعدم الاختصاص مثلا . فإن التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم السابق يكون مماثلا له فى مدته وطبيعته . فتكون مدته سنة واحدة ويقوم على قرينة الوفاء .

---

(١) وإدراج الدائن فى قائمة التوزيع وصيرورة هذه القائمة نهائية يكون بمثابة الحكم النهائى بالدين ، فيسرى بالنسبة إلى هذا الدين تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٣٥) .

١٢٤٨ — متى يمتد أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذى قطع التقادم وإلى غير الحق الذى قطع فيه التقادم : والأصل أن انقطاع التقادم وسريان تقادم جديد على النحو الذى قدمناه لايتعدى أثره الدائن الذى قطع التقادم[١] . فإذا كان الحق قد تجزأ على عدد من الورثة ، وقطع أحدهم التقادم ضد المدين ، لم ينقطع التقادم لمصلحة الورثة الآخرين[٢] . ولكن يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان أحد الدائنين المتضامنين قد قطع التقادم ضد المدين . فإن هذا يفيد باقى الدائنين المتضامنين ، وينقطع التقادم لمصلحتهم هم أيضاً ضد المدين .

والأصل كذلك أن انقطاع التقادم لا يتناول إلا الحق الذى قطع فيه التقادم[٣] . فلا يتناول غيره من الحقوق . فإذا كان للدائن حقان فى ذمة المدين ، وقطع التقادم بالنسبة إلى أحد الحقين ، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى الحق الآخر[٤] . ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان حق واحد ينشئ دعويين مختلفتين ضد مدين واحد ، فإن قطع التقادم فى إحدى الدعويين يقطع التقادم فى الدعوى الأخرى . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٤٣٨ مدنى من أنه « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشترى إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن

---

(١) نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥ .

(٢) وإذا انقطع التقادم ، فى دين على التركة ، بالنسبة إلى بعض الورثة ، فإن هذا لا يحول دون سريان التقادم بالنسبة إلى الورثة الآخرين ، مادام أن محل الالتزام بطبيعته قابل للانقسام (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤) .

(٣) والتابع يلحق الأصل فى قطع التقادم ، والجزء يلحق الكل . فإذا انقطع التقادم بالنسبة إلى الحق ، انقطع أيضاً بالنسبة إلى الفوائد . كذلك إذا انقطع التقادم بالنسبة إلى الفوائد ، انقطع أيضاً بالنسبة إلى الحق . والمطالبة القضائية بجزء من حق حل بأكمله يقطع التقادم بالنسبة إلى الحق كله ، وينقطع التقادم أيضاً بالنسبة إلى فوائد هذا الحق (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤ – استئناف مصر ٢ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢١ – استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧) .

(٤) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١ – وفى العلاقة ما بين الوصى والصغير عندما يبلغ سن الرشد ، إذا طعن الثانى بالبطلان فى المخالصة التى صدرت منه للوصى فقطع التقادم بالنسبة إلى هذه المخالصة ، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الدعوى بتقديم حساب عن مدة الوصاية (نقض فرنسى أول مايو سنة ١٨٥٠ داللوز ٥٠ – ١ – ١٥١) .

يبقى المبيع مع إنقاص الثمن » . فهاتان دعويان نشأتا من سبب واحد هو نقص قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه . فإذا قطع المشترى التقادم بالنسبة إلى دعوى الفسخ انقطع التقادم تبعاً لذلك بالنسبة إلى دعوى إنقاص الثمن . أو قطعه بالنسبة إلى دعوى إنقاص الثمن انقطع بالنسبة إلى دعوى الفسخ(١) .

المبحث الثانى

كيف يجب إعمال التقادم وما هى الآثار التى تترتب عليه

المطلب الأول

كيف يجب إعمال التقادم

١٢٤٩ – وجوب التمسك بالتقادم : تنص المادة ٣٨٧ مدنى على أنه « ١ – لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها . بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين . ٢ – ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى . ولو أمام محكمة الاستئناف »(٢) . ويخلص من هذا النص ما يأتى : ١ – لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها . بل لابد من التمسك به . ٢ ويتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة . ٣ – ويجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى .

١ – لابد من التمسك بالتقادم : إذا كان التقادم يسقط الدين بحكم القانون

---

(١) وإذا رفعت دعوى بصحة عقد زمنى ينشىء التزامات متعاقبة ، فإن رفع الدعوى يقطع التقادم بالنسبة إلى الالتزامات التى نشأت قبل رفع الدعوى ، وكذلك بالنسبة إلى الالتزامات التى لم تنشأ إلا بعد رفع الدعوى وفى أثناء نظرها . انظر كذلك فى أن وحدة السبب ، مع تعدد الدعاوى التى تنشأ من هذا السبب الواحد ، تجعل الحكم بالرفض فى إحدى هذه الدعاوى حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى باقى الدعاوى : آنفاً فقرة ٧٧٤ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٨٤ (مطابق) – الليبى م ٣٧٤ (مطابق) – العراقى م ٤٤٢ (موافق) – اللبنانى م ٣٤٥ و٣٣٧ (موافق) .

كالمقاصة . فإنه كالمقاصة أيضاً يجب التمسك به . فالتقادم دفع . كالدفع بحجية الأمر المقضى . لا يعتبر من النظام العام . فلا يستطيع القاضى أن يأخذ به من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك به المدين[١]. بل إن المدين عندما يتمسك بنوع من التقادم . كما إذا تمسك بالتقادم الخمسى . وتبين أن التقادم المنطبق على الدين هو التقادم الحولى . لا يغنيه تمسكه بالتقادم الخاطئ عن التمسك بالتقادم الصحيح . فلابد إذن من أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم الصحيح . فإن كان أمام محكمة الاستئناف وأقفل باب المرافعة . فإنه يكون قد فوت على نفسه فرصة التمسك بالتقادم[٢] .

٢ – يتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة : والأصل أن المدين هو الذى يتمسك بالتقادم . فهو الذى يعلم إن كانت ذمته قد برئت من الدين فيتقدم وهو مطمئن الضمير على الدفع بالتقادم دون حاجة إلى تحمل العبء فى إثبات براءة الذمة . أو أن الدين باق فى ذمته فقد لا يطاوعه ضميره أن يدفع بالتقادم[٣] . وخلف المدين . عاما كان أو خاصا . يستطيع كالمدين أن يدفع بالتقادم . فوارث المدين . إذا طولبت تركة المدين بالدين . له أن يدفع بالتقادم . والمحال عليه بالدين له أن يدفع بالتقادم . كما كان المحيل (المدين)

---

(١) ويوجه ذلك أن التمسك أمر يتصل اتصالا وثيقاً بضمير المدين . فإن كان المدين مطمئنا إلى أن ذمته غير مشغولة بالدين . دفع بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات براءة ذمته بعد هذه المدة الطويلة . أما إن كان يعلم أن ذمته مشغولة بالدين وتحرج من التذرع بالتقادم . فقد فتح له القانون الباب للنزول عنه عن طريق عدم التمسك به .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام . وينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع فى عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام . ولا يغنى عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى . كما لا يغنى عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه (نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) .

ويستثنى من وجوب التمسك بالتقادم حالة ما إذا نظرت الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية مع الدعوى الجنائية . وكانت مدة التقادم قد مضت على الدعويين . فللقاضى الجنائى أن يحكم من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى الجنائية . ويحكم أيضاً من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى المدنية أسوة بما فعله فى الدعوى الجنائية .

(٣) ويتمسك المدين بالتقادم . لا فى مواجهة الدائن فحسب . بل فى مواجهة أى شخص آخر تكون للمدين مصلحة فى مواجهته بالتقادم . فيجوز له أن يتمسك بالتقادم فى مواجهة شخص وفى عنه الدين دون علمه قبل اكتمال المدة بوقت قصير . ويريد الرجوع عليه بعد اكتمالها .

يستطيع أن يفعل . والمدة التي انقضت على استحقاق الدين وهو في ذمة السلف تضم إلى المدة التي تنقضي بعد انتقال الدين إلى ذمة الخلف . ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتقادم . فالكفيل يستطيع أن يتمسك بتقادم دين الأصيل إذا لم يتقادم دين الكفيل نفسه . بأن يكون الدائن قطع التقادم مثلا بالنسبة إلى الكفيل دون أن يقطعه بالنسبة إلى الأصيل[1] . والمدين المتضامن له أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر . إذا كان الدائن قد قطع التقادم بالنسبة إلى الأول دون أن يقطعه بالنسبة إلى الآخر . والحائز للعقار المرهون له أن يدفع بتقادم الدين المضمون بالرهن حتى يتخلص من مطالبة الدائن . ودائن المدين له أن يتمسك بالتقادم نيابة عن المدين ، فإذا كان للمدين دائنان وتقادم دين أحدهما فللدائن الآخر أن يتمسك بالتقادم حتى يمنع مزاحمة الأول له[2] .

٣ — يجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى : ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى[3] . وكل ما ينبغي أن يحتاط له أمران : ألاّ ينطوي تأخيره للدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ضمناً . وألا يؤخر الدفع بالتقادم إلى ما بعد إقفال باب المرافعة . فإذا فات المدين أن يدفع بالتقادم أمام محكمة أول درجة . فإنه يستطيع أن يدفع به لأول مرة أمام

---

(١) والظاهر أن للكفيل مصلحة في التمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به المدين . ومن حقه أن يقدر أن ذمة المدين قد برئت من الدين بعد انقضاء مدة التقادم . وليس عليه من حرج في ذلك . فإن كان المدين يعلم أن ذمته لم تبرأ من الدين . فما عليه إلا أن يوفيه . فتبرأ ذمته وذمة الكفيل جميعا .

(٢) ولا يعترض على تمسك الدائن الآخر بالتقادم نيابة عن المدين بأن هذا التمسك حق متصل بشخص المدين . ذلك أن من حق الدائن أن يقدر أن الدين قد انقضى بالتقادم فلا يتحمل مزاحمة هذا الدين . وقد يعترض أيضاً أن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقا والرخص لا يستعملها الدائن باسم المدين . ولكن النص صريح هنا في جواز أن يستعمل الدائن رخصة مدينه في التمسك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٨٥٣) . وسنرى أنه إذا نزل المدين عن التقادم فللدائن الآخر أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية ، حتى إذا نجح في طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن المدين (انظر ما يلي فقرة ١٢٥٠) .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٩ — ولكن يلاحظ أن التقادم المبني على قرينة الوفاء لا يجوز التمسك به بعد التمسك بدفع يتضمن معنى عدم الوفاء بالدين . كدفع بالمقاصة أو بالتجديد أو بالإبراء ، فإن هذا التعارض الواضح يمنع من قبول الدفع بالتقادم .

محكمة الاستئناف إلى وقت إقفال باب المرافعة[١] . ولكن ليس للمدين أن يدفع بالتقادم الأول مرة أمام محكمة النقض . لأن هذا الدفع ليس من النظام العام . فهو كالدفع بالمقاصة والدفع بحجية الأمر المقضى لا يجوز أن يثار لأول مرة أمام محكمة النقض[٢] .

١٢٥٠ — النزول عن التقادم : تنص المادة ٣٨٨ مدنى على أنه : «١ — لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون . ٢ — وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه . على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم»[٣]. ويخلص من هذا النص أنه لا يجوز أن يتفق الدائن والمدين على عدم إمكان تقادم الدين . أو على إطالة مدة التقادم أو تقصيرها وقد سبق القول فى ذلك[٤] . وليس ذلك راجعاً إلى أن التقادم يعتبر عن النظام العام . وإلا لما جاز أيضاً النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه . وإنما يرجع ذلك إلى أنه لو أجيز أن يشترط على المدين عدم إمكان تقادم الدين أو إطالة مدة التقادم ، لاستطاع الدائنون أن يفرضوا هذا الشرط على المدينين ولأصبح هذا الشرط شرطاً مألوفاً فى التعامل (clause de style) ولترتب على ذلك أن ينهار نظام التقادم من أساسه . ولو أجيز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، لم يؤمن

---

(١) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٣ — أول فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٠ — ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٤١ — ١٢ يناير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٤٤ .

(٢) نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ — لكن إذا استطاع المدين أن يحصل على حكم من محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه لسبب غير التقادم ، وأحالت محكمة النقض الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف ، فإنه يجوز للمدين أمام محكمة الإحالة ، وهى محكمة موضوع ، أن يدفع بالتقادم لأول مرة وفى أية حالة كانت عليها الدعوى إلى وقت إقفال باب المرافعة .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٨٥ (مطابق) — الليبى م ٣٧٥ (مطابق) — العراقى م ٤٤٣ (موافق) — اللبنانى م ٣٤٦ (موافق) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٢٣٧ .

الاعتساف . وبخاصة فى عقود النقل وعقود التأمين . حيث المدين هو الذى يملى شروط العقد[١] .

أما إذا اكتملت مدة التقادم . وصار المدين هو سيد الموقف يستطيع أن يدفع بسقوط الدين لتقادمه . ثم أراد بالرغم من ذلك أن ينزل طوعا عن التمسك بالتقادم بعد ثبوت حقه فيه . فليس فى هذا النزول إهدار للحماية التى أرادها القانون للأوضاع المستقرة . بل إن ترك المدين لضميره يملى عليه واجبه هو خير ما يفعله القانون . للتوفيق بين استقرار الأوضاع ونزاهة التعامل . وقد يكون النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه صريحاً . ولا يشترط شكل معين فيصح النزول بالكتابة أو شفويا . ولكن يجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الدين المتقادم على عشرة جنيهات . وقد يكون النزول ضمنيا . وأكثر ما يكون ذلك فى دعوى الدين يرفعها الدائن على المدين . فيتعمد المدين إغفال الدفع بالتقادم بحيث يفهم من موقفه أنه لا يريد الالتجاء إلى هذا الدفع . وقد يستخلص النزول الضمنى من طلب المدين مهلة لدفع الدين وذلك بعد تقادمه . أو من تقديمه للدائن كفالة بالدين أو رهنا بعد اكتمال التقادم . أو من دفعه قسطاً من الدين أو جزءاً من فوائده[٢] . والأهلية اللازمة

---

(١) ومع ذلك قد يجيز القانون فى بعض الحالات الاستثنائية الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على تقصيرها (مثل ذلك تقادم دعوى ضمان العيب بسنة من وقت تسلم المبيع . ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول : م ٤٥٢ مدنى — تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات ما لم يتفق على إطالة المدة أو على تقصيرها لمصلحة المؤمن له أو المستفيد : م ٧٥٢/١ و م ٧٥٣ مدنى) .

على أن عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم لا يمنع من أن هذه المدة قد تطول فعلا بطرق أخرى : فإذا وقف سريان التقادم طالت مدته بمقدار المدة التى وقف فيها عن السريان . وإذا انقطعت مدة التقادم طالت مدته بمقدار المدة التى انقطع فى آخرها وبمقدار المدة التى بقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر . ويجيز القضاء الفرنسى أن يتفق الطرفان على وقف سريان التقادم لمدة معينة لأسباب تستوجب ذلك . كما إذا اتفقا على وقف التقادم فى خلال مدة تحقيق جنائى أو تحقيق إدارى أو فى خلال المدة التى تدور فيها مفاوضات الصلح . ومن ثم تطول مدة التقادم بمقدار ما وقف من سريانه .

(٢) واستخلاص النزول عن التقادم يدخل فى سلطة قاضى الموضوع . فإذا استخلص القاضى أن سكوت المطعون عليه عن إبداء الدفع بالتقادم وقت توقيع الحجز تحت يده لا يفيد النزول عن حقه فى التمسك بالتقادم . فإن هذا الاستخلاص سائغ يدخل فى سلطته الموضوعية (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٩ ص ١١٣٤) .

للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه هى أهلية التصرف . فلا تكفى أهلية الإدارة . لأن المدين باستبقائه فى ذمته دينا كان يستطيع إسقاطه لا يقوم بعمل مألوف من أعمال الإدارة . بل هو فى موقف من يلتزم . ومن ثم لا يستطيع الصغير أو المحجور أن ينزل عن حقه فى التمسك بالتقادم . ولا يستطيع الوصى أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المحجور فى التمسك بالتقادم من غير إذن المحكمة . ولا يستطيع الوكيل النزول عن التمسك بالتقادم إلا إذا أعطى توكيلا خاصا فى ذلك . ولا تلزم أهلية التبرع . لأن الدين لا يسقط بمجرد اكتمال مدة التقادم . ولو كان يسقط ثم ينشأ دين جديد بالنزول عن التمسك بالتقادم لكان المدين متبرعاً بإنشاء هذا الدين . ولكن المدين بنزوله عن التمسك بالتقادم لا ينشئ دينا جديداً . بل يستبقى دينا قديما . وهذا الدين القديم قد وجب فى ذمته من قبل فهو لا يتبرع بإنشائه من جديد . ومن ثم لا تلزم أهلية التبرع .

وإذا نزل المدين عن التقادم[1] . بقى الدين الذى كان مهدداً بالسقوط فى ذمة المدين على نحو ما بيناه ، ويجب على المدين الوفاء به للدائن . ومن وقت النزول عن التقادم يبدأ تقادم جديد . فلو كانت مدة التقادم الذى نزل عنه المدين خمس عشرة سنة . فمدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة تسرى من وقت النزول عن التقادم الأول[2] . ولو كانت مدة التقادم خمس سنوات فى حقوق دورية متجددة . كانت مدة التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً . ولو كانت مدة التقادم خمس سنوات فى حقوق أصحاب المهن الحرة . كانت مدة التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً . ما لم يكن نزول المدين عن التقادم جاء عن طريق تحرير سند بالدين ففى هذه الحالة تكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة قياسا على حالة ما إذا حرر المدين سنداً بالدين فى أثناء سريان التقادم . ولو كانت مدة التقادم سنة واحدة فى حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق

---

(١) والنزول تصرف قانونى بإرادة منفردة . لا حاجة فيه إلى قبول الدائن ، فيكون ملزما للمدين لا يستطيع الرجوع فيه (استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٣) .

(٢) فلو أن المدين نزل عن التقادم بعد أن انقضى على تكامله سنتان . فإن مدة الخمس العشرة سنة الأخرى تبدأ من وقت انقضاء سنتين على تكامل التقادم الأول . أى بعد سبع عشرة سنة من مبدأ سريان هذا التقادم . ومن ثم تطول مدة تقادم الدين إلى اثنتين وثلاثين سنة من أول وقت استحق فيه .

والمطاعم والعمال والخدم والأجراء . فإن في النزول عن التقادم دحضا لقرينة الوفاء فتكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة[١] .

ويجوز لدائني المدين الطعن في النزول عن التقادم بالدعوى البولصية . وفقاً لصريح النص (م ٢/٣٨٨ مدني)[٢] . ويشترط لجواز هذا الطعن أن يكون نزول المدين عن التقادم سبباً في إعساره أو في زيادة إعساره . وأن يكون النزول منطويا على غش من المدين . وأن يكون الدائن الذي صدر النزول في مصلحته على علم بهذا الغش . وذلك وفقاً لقواعد الدعوى البولصية[٣] . فإذا نجح الدائنون في هذا الطعن . فإن عليهم بعد ذلك أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عن مدينهم (م ١/٣٨٧ مدني)[٤] .

---

(١) ويستوي في ذلك أن يكون النزول عن التقادم بعد تكامله جاء عن طريق تحرير سند بالدين أو جاء عن أي طريق آخر . وتقاس هذه الحالة على حالة التقادم الذي يسري ضد الحكم النهائي الصادر بهذه الحقوق .

(٢) وقد رأينا أن لدائني المدين أن يستعملوا حق مدينهم في التمسك بالتقادم . وفقاً لصريح النص (م ١/٣٨٧ مدني) . والآن نرى أنه ، وفقاً لصريح النص أيضاً ، يجوز لهم أن يطعنوا في نزول مدينهم عن التقادم . وإذا كان النص الأول ضروريا إذ يزيل الشبهة في جواز استعمال الدائنين لحق متصل بشخص مدينهم بل لرخصة لم ترق إلى مرتبة الحق ، فإن النص الثاني هو أيضاً نص ضروري إذ يزيل الشبهة في جواز الطعن بالدعوى البولصية في تصرف للمدين لا ينقص من حقوقه ولا يزيد في التزاماته ، بل يقتصر به المدين على الامتناع عن إنقاص التزاماته . فكان الواجب لولا النص ألا يقع تحت طائلة الدعوى البولصية (انظر آنفاً فقرة ٥٦٨) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٥ – وقارن استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٨ – وإذا نزل المدين عن التمسك بالتقادم في الدعوى المرفوعة عليه من الدائن فقضى عليه بالدين ، وفات دائنيه أن يتدخلوا في الدعوى ليطعنوا في نزول المدين عن التقادم بالدعوى البولصية ، فإن لهم أن يطعنوا في الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة ، بشرط أن يثبتوا غش مدينهم وتواطؤه مع الدائن الذي نزل له عن التمسك بالتقادم .

هذا وإذا كانت مدة التقادم سنة واحدة . فإن التقادم يكون مبنيا على قرينة الوفاء . فلو نزل المدين عن التقادم انتفت هذه القرينة ، ولا يجوز للدائنين الطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية .

(٤) وقد ينزل المدين عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل . والتكييف الصحيح لهذا النزول إنما هو قطع التقادم عن طريق إقرار المدين بحق الدائن . ذلك أن المدين . إذا نزل عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل ، إنما يقر بحق الدائن ، فيقطع الإقرار التقادم ، ولا يعتد بالمدة التي انقضت ، ويسري تقادم جديد وفقاً للقواعد التي قدمناها في انقطاع التقادم . والأهلية الواجبة هنا ليست هي أهلية التصرف كما في النزول عن التقادم المكتمل ، بل هي أهلية الإدارة وهي الأهلية الواجبة في قطع التقادم (انظر آنفاً فقرة ١٢٤٦ في الهامش) .

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على التقادم

١٢٥١ — سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم : تنص المادة ٣٨٦ مدنى على ما يأتى : « ١ — يترتب على التقادم انقضاء الالتزام . ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى . ٢ — وإذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات . ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات »[1] . ويجب التمييز بين فرضين : التزام اكتملت مدة تقادمه قبل التمسك بالتقادم ، والتزام اكتملت مدة تقادمه عند التمسك بالتقادم .

فإذا كان الالتزام قد اكتملت مدة تقادمه ولكن المدين لم يتمسك بعد بالتقادم . فالالتزام فى هذه المرحلة التزام مدنى قائم كما كان فى أثناء سريان مدة التقادم . لأن التقادم لا يقضى الالتزام إلا إذا تمسك به المدين . ويترتب على ذلك أنه إذا وفى المدين بالالتزام فى هذه المرحلة . فإنه يوفى بالتزام مدنى مستحق الأداء . فلا يستطيع أن يسترد ما وفاه حتى لو كان الوفاء صدر عن غلط وكان المدين وقت أن وفى بالدين لا يعلم باكتمال مدة التقادم[2] .

وإذا كان الالتزام قد اكتملت مدة تقادمه وتمسك المدين بالتقادم . فإن الدين يسقط . وتسقط معه توابعه من كفالة ورهن رسمى وحق امتياز وحق اختصاص وما إلى ذلك[3] . ويسقط الدين بأثر رجعى . ويستند سقوطه إلى

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٣٨٣ (مطابق) — الليبى م ٣٧٣ (مطابق) — العراق م ٤٤٠ — ٤٤١ (مقارب . ويختلف التقنين العراق فى أن إقرار المدين بالحق حتى بعد التمسك بالتقادم يلزمه بالدين) — اللبنانى م ٣٦٠ — ٣٦١ (موافق ، فيما عدا أن التقنين اللبنانى نص على عدم صلاحية الحق المتقادم لأن يكون دفعا ، فخرج بذلك على قاعدة أبدية الدفوع) .

(٢) وإذا ترتب فى ذمة الدائن للمدين دين توافرت فيه شروط المقاصة بالدين الذى له فى ذمة المدين . فإن المقاصة تقع بين الدينين إذا تمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقادم .

(٣) وإذا سقط الدين بالتقادم ، أفاد من ذلك المدين المتضامن بمقدار حصة المدين الذى تقادم دينه . وإذا تقادم الدين غير القابل للانقسام بالنسبة إلى أحد المدينين ، أفاد من ذلك المدينون الآخرون فى كل الدين لأنه غير قابل للانقسام . وكذلك إذا تقادم الدين غير القابل للانقسام بالنسبة إلى أحد الدائنين . فإن طبيعته غير القابلة للانقسام تجعله متقادما بالنسبة إلى باقى الدائنين . =

الوقت الذى بدأ فيه سريان التقادم لا إلى الوقت الذى اكتملت فيه مدة التقادم . ومن ثم إذا كان للدين فوائد وملحقات فإنها تسقط مع الدين . حتى لو لم تكن هذه الفوائد والملحقات قد سقطت هى ذاتها استقلالا بالتقادم . فإذا تقادم الدين وسقط . سقط معه . ليس فحسب الفوائد التى مضى على استحقاقها خمس سنوات فهذه تسقط بالتقادم استقلالا عن الدين . بل تسقط أيضاً الفوائد التى لم تمض على استحقاقها خمس سنوات وهذه تسقط تبعا لسقوط الدين الأصلى وقد سقط هذا بأثر رجعى(١) .

ولكن إذا كان الدائن لا يستطيع أن يتمسك بوجود الدين المتقادم عن طريق الدعوى . فإنه يستطيع أن يتمسك بوجوده عن طريق الدفع . وقد كانت القاعدة فى القانون الفرنسى القديم أن الدعوى إذا كانت تنقضى بالتقادم . فإن الدفع دائم لا يتقادم. وقد انتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسى الحديث وقال بها الفقه والقضاء فى فرنسا . ولا مانع من الأخذ بها فى مصر فهى تتمشى مع طبيعة الدفع . ذلك أن التقادم إذا كان يرد على الدعوى ولا يرد على الدفع . فلأن الدعوى هى التى كان صاحبها يستطيع أن يرفعها فى خلال مدة التقادم . فإذا لم يرفعها حتى انقضت هذه المدة سقط الحق . أما الدفع فهو بطبيعته

= وقد يقضى القانون فى بعض حالات استثنائية بأن الدين المتقادم يضيع على الدائن . ولكن لا تبرأ منه ذمة المدين . بل ينتقل إلى الدولة فيدفعه المدين لخزانة العامة . وقد قضت المادة ٢٨ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٣٩ بأن تؤول إلى الدولة جميع المبالغ التى أصابها التقادم متى كانت هذه المبالغ تمثل أرباح وفوائد الأسهم والسندات التى لم يطالب بها أصحابها . وكذلك قيمة الأسهم والسندات نفسها والودائع والسندات المودعة لدى البنوك والمبالغ المعطاة على سبيل الضمان .

(١) على أنه لا يستخلص من سقوط الدين بأثر رجعى أن المدين . إذا كان قد دفع منه للدائن أقساطا أو فوائد مستحقة قبل أن تتكامل مدة التقادم . يستطيع أن يسترد ها بحجة أن الدين يعتبر غير موجود من وقت مبدأ سريان التقادم فلم توجد الأقساط ولم تستحق الفوائد . ذلك أنه وقت أن دفع المدين هذه الأقساط والفوائد كان الدين لم يتكامل تقادمه . فكان التزاما مدنيا مستحقاً فى ذمته بأقساطه وفوائده . فيكون وقت الوفاء قد وفى بالمستحق فى ذمته . فلا يستطيع أن يسترد ما وفاه . وحتى على فرض أن الأقساط والفوائد التى وفاها قد تقادمت بتقادم الدين الأصلى — فلا يستطيع الدائن أن يتمسك بوجودها عن طريق دعوى يرفعها — فإنه يستطيع أن يتمسك بوجودها عن طريق دفع يدفع به دعوى موجهة ضده . وسنرى فيما يلى أن الدائن . إذا كان لا يستطيع أن يتمسك بوجود الدين بعد تقادمه عن طريق الدعوى . يستطيع أن يتمسك بوجوده بعد تقادمه عن طريق الدفع (انظر ما يلى نفس الفقرة فى الهامش) .

موضوع لمعارضة طلب يوجه ضد صاحب الدفع . ومادام هذا الطلب لم يوجه فكيف يتسنى لصاحب الدفع أن يتمسك به ! وجب إذن . مطاوعة لطبائع الأشياء ، أن يبقى الدفع ما بقى الطلب . حتى لو انقضت على الدفع مدة التقادم[١]. فى بيع باطل أجل فيه دفع الثمن ، إذا لم يسلم البائع المبيع إلى المشترى ، وسكت المشترى عن المطالبة بالمبيع وعن دفع الثمن اعتمادا على بطلان البيع ، ثم رفع المشترى بعد انقضاء خمس عشرة سنة دعوى على المشترى . وكانت هذه الدعوى لم تتقادم بسبب تأجيل الثمن ، كان من حق المشترى أن يدفع ببطلان البيع ولو أن هذا الدفع قد مضى عليه أكثر من خمس عشرة سنة . لأنه ما كان يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع قبل رفع دعوى الثمن[٢] .

١٢٥٢ — تأصيل سقوط الدين بالتقادم : هناك نظرية جرمانية . سبقت الإشارة إليها فى أول هذا الكتاب ، تميز فى الالتزام بين المديونية (Schuld) والمسئولية (Haftung) . فالدين الذى يسقط بالتقادم إنما يختفى فيه عنصر المسئولية ويبقى عنصر المديونية . فلا يبقى إذن فى الالتزام المتقادم عنصر المسئولية ومن ثم لا يجبر المدين على الوفاء به . ولكن يبقى عنصر المديونية ومن ثم إذا وفى المدين مختارا الالتزام الذى سقط بالتقادم فإنه يوفى دينا مترتبا فى ذمته فلا يستطيع استرداد ما وفى به . وهذه النظرية لم تسد فى الفقه الفرنسى ، ولا فى الفقه اللاتينى بوجه عام .

---

(١) وقد رأينا أنه إذا تقادم الدين فسقط بأثر رجعى من وقت مبدأ سريان التقادم ، وكان المدين قد دفع فى أثناء سريان التقادم بعض أقساط الدين ، فإنه لا يستطيع بعد سقوط الدين بالتقادم أن يسترد من الدائن ما دفعه . فهو إذا رفع دعوى استرداد غير المستحق ، استطاع الدائن أن يدفع هذه الدعوى بوجود الدين بالرغم من تقادمه . ونرى من ذلك أن الدائن ، إذا كان لا يستطيع التمسك بوجود دين متقادم عن طريق الدعوى ، يستطيع التمسك بوجود هذا الدين عن طريق الدفع . وإذا كانت الدعوى تسقط بالتقادم ، فإن الدفع لا يتقادم .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة ، إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبدا ، ذلك أن العقد الباطل يظل معدما فلا ينقلب مع الزمن صحيحا ، وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة . أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهتها بالتقادم ، لأن البطلان هنا دفع والدفوع لا تتقادم (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤١ ص ٤٠٤).

وهناك نظرية أخرى تميز بين الحق والدعوى . فالتقادم يسقط الدعوى دون أن يسقط الحق . ويبقى الحق بعد التقادم دون دعوى تحميه . ولما كان التقادم يلحق الدعوى دون الحق . فلا بد إذن للمدين من أن يتمسك به ، وله أن ينزل عنه ، ولا يسرى التقادم من وقت نشوء الحق بل من وقت نشوء الدعوى . وهذا المذهب يقرب كثيراً من المذهب الذى اختاره الفقه الإسلامى . فالتقادم فى الفقه الإسلامى لا يسقط الحق ذاته . ولكنه يقتصر على أن يمنع سماع الدعوى .

والرأى الذى يتفق مع نصوص التقنين المدنى هو أن التقادم لا يقتصر على إسقاط الدعوى . بل يسقط الدعوى والحق جميعا . ومما يقطع فى أن الحق ذاته هو الذى يسقط أن المدين — فى غير الديون التى يقوم فيها التقادم على محض قرينة الوفاء — لو أقر أمام القضاء بعد أن تمسك بالتقادم أن الدين باق فى ذمته . فإن إقراره هذا لا يلزمه بالدين . إذ الدين يكون قد سقط . أما فى الفقه الإسلامى حيث لا يسقط الدين . فإن المنع من سماع الدعوى لا يكون إلا عند الإنكار . فإذا أقر المدين بالدين سمعت عليه الدعوى وألزم بالوفاء .

١٢٥٣ — تخلف التزام طبيعى عن الالتزام المتقادم : ومهما يكن من أمر تأصيل التقادم ، وهل هو زوال عنصر المسئولية مع بقاء عنصر المدنونية . أو هو يلحق الدعوى دون الحق . أو هو يلحق الدعوى والحق جميعا ، فإن هذه الآراء المختلفة تؤدى كلها إلى نتيجة عملية واحدة . فإن قلنا إن التقادم يسقط عنصر المسئولية ويستبقى عنصر المديونية ، فهذا معناه أن الحق يبقى مقصوراً على عنصر المديونية وحده ، وهذا هو الالتزام الطبيعى . وإن قلنا إن التقادم يسقط الدعوى دون الحق ، فهذا معناه أن الحق يصبح بعد التقادم دون دعوى تحميه . وهذا هو أيضاً الالتزام الطبيعى . وإن قلنا إن التقادم يسقط الدعوى والحق جميعا . فلا شك فى أن الحق الذى سقط بالتقادم هو الالتزام المدنى ، ولا شىء يمنع من أن يتخلف عن سقوطه التزام طبيعى . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ مدنى صراحة كما رأينا على تخلف هذا الالتزام الطبيعى .

فالالتزام المتقادم يتخلف عنه إذن التزام طبيعى . ويترتب على ذلك أنه يجوز للمدين ، إذا كان لم يف بالدين وتمسك بالتقادم ، أن يستجيب لداعى ضميره فيوفى عن بينة واختيار الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الالتزام المدنى ، ويكون هذا وفاء لا يستطيع أن يسترده . ويجوز له أيضاً ، بدلا من أن يفى بهذا الالتزام الطبيعى ، أن يتعهد بالوفاء به ، فينشئ بهذا التعهد التزاما مدنيا فى ذمته سببه هو الالتزام الطبيعى . وهذا الالتزام المدنى الجديد هو غير الالتزام المدنى القديم الذى سقط بالتقادم . فهو التزام جديد مصدره الوعد الذى صدر من المدين بوفاء الالتزام الطبيعى ، ويسرى فى حقه تقادم جديد يبدأ من وقت استحقاقه ومدته خمس عشرة سنة حتى لو كانت مدة التقادم السابق أقل من ذلك .

فهرس

لمشتملات الكتاب

صفحة

القسم الأول

فى مصادر الالتزام

الباب الأول

العقـــد

صفحة

الفصل الأول – أركان العقد

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى – آثار العقد

صفحة

الفصل الثالث — زوال العقد

الباب الثانى

العمل غير المشروع

المسئولية التقصيرية

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى – المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء

صفحة

صفحة

الباب الثالث

الإثراء بلا سبب

صفحة

صفحة

القسم الثانى

فى أحكام الالتزام

الباب الأول

الإثبات

صفحة

صفحة

الفصل الثانى — طرق الإثبات ذات القوة المحدودة

صفحة

صفحة

الفصل الثالث – الطرق المعفية من الإثبات

صفحة

صفحة

الباب الثانى

آثار الالتزام

الفصل الأول – التنفيذ العينى

صفحة

الباب الثالث

أوصاف الالتزام

الفصل الأول — الشرط والأجل

صفحة

الفصل الثانى – تعدد محل الالتزام

الفصل الثالث – تعدد طرفى الالتزام

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الرابع

انتقال الالتزام

الفصل الأول – حوالة الحق

صفحة

الفصل الثانى – حوالة الدين

الباب الخامس

انقضاء الالتزام

الفصل الأول – انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثالث – انقضاء الالتزام دون وفاء

الوسيط

ما ظهر

الجزء الأول – فى مصادر الالتزام الطبعة الأولى سنة ١٩٥٢ .
الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ :

الجزء الثانى – فى الإثبات وآثار الالتزام سنة ١٩٥٦ .

الجزء الثالث – فى أوصاف الالتزام وحوالته وانقضائه سنة ١٩٥٨ .

الجزء الرابع – فى البيع والمقايضة سنة ١٩٦٠ .

الجزء الخامس – فى العقود الأخرى الواردة على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح) سنة ١٩٦٢ .

الجزء السادس (مجلدان) – فى العقود الواردة على المنفعة (الإيجار والعارية) سنة ١٩٦٣ :

الجزء السابع (مجلدان) – المجلد الأول فى العقود الواردة على العمل(المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة) – المجلد الثانى فى عقود الغرر (عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة) سنة ١٩٦٤

ما هو تحت الإعداد

الجزء الثامن – فى حق الملكية والحقوق العينية الأصلية المتفرعة عنه (مع شرح مفصل للأشياء والأموال) .

الجزء التاسع – فى أسباب كسب الملكية .

الجزء العاشر – فى التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة والرهن الرسمى وحق الاختصاص ورهن الحيازة وحقوق الامتياز) .

* * *

الوجـــيز

ما ظهر

الجزء الأول – نظرية الالتزام بوجه عام (يشتمل على الأجزاء الأول والثانى والثالث من الوسيط) سنة ١٩٦٦ :

* * *

ما هو تحت الإعداد

الجزء الثانى – فى العقود المسماة (يشتمل على الأجزاء الرابع والخامس والسادس والسابع من الوسيط) .

الجزء الثالث – فى الحقوق العينية والتأمينات (يشتمل على الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر من الوسيط) .

للمؤلف

(أولا) كتب

١ ـ القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل ـ المعيار المرن والقاعدة الجامدة (بالفرنسية) سنة ١٩٢٥

٢ ـ الخلافة الإسلامية وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية (بالفرنسية) سنة ١٩٢٦

٣ ـ عقد الإيجار سنة ١٩٣٠

٤ ـ نظرية العقد سنة ١٩٣٤

٥ ـ الموجز فى النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨

٦ ـ أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت) سنة ١٩٣٨

٧ ـ التصرف القانونى والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه) سنة ١٩٥٤

٨ ـ مصادر الحق فى الفقه الإسلامى (مقارنة بالفقه الغربى)

الجزء الأول ـ مقدمة ـ صيغة العقد فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٤

الجزء الثانى ـ مجلس العقد وصحة التراضى (الغلط والتدليس والإكراه والغبن فى الفقه الإسلامى) سنة ١٩٥٥

الجزء الثالث ـ محل العقد فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٦

الجزء الرابع ـ نظرية السبب ونظرية البطلان فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٧.

الجزء الخامس ـ آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص فى الفقه الإسلامى (الخلف العام والخلف الخاص والدعوى البولصية والإعسار والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والنيابة فى التعاقد فى الفقه الإسلامى) سنة ١٩٥٨

الجزء السادس ـ آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع فى الفقه الإسلامى (تفسير العقد وتنفيذه وفسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة والمسئولية العقدية والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقالة فى الفقه الإسلامى) سنة ١٩٥٩.

٩ — الوسيط فى شرح القانون المدنى (ظهر منه أجزاء سبعة — انظر آنفا) سنة ١٩٥٢ — سنة ١٩٦٤ .

١٠ — الوجيز فى شرح القانون المدنى (ظهر منه الجزء الأول — انظر آنفا) سنة ١٩٦٦ .

(ثانيا) بحوث ومقالات

١ — الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصرى (بحث بالفرنسية أدرج فى مجموعة لامبير) .

٢ — المعيار فى القانون (بحث بالفرنسية أدرج فى مجموعة چنى) .

٣ — المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلمى بهجت بدوى) (مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٤ — المسئولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر القانون المقارن بلاهاى سنة ١٩٣٧) .

٥ — الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاى (مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .

٦ — الامتيازات الأجنبية (بحث نشر فى سنة ١٩٣٠) .

٧ — تنقيح القانون المدنى (بحث نشر فى الكتاب الذهبى للمحاكم الوطنية ، وفى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٨ — من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدنى العراقى (مقال نشر فى مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .

٩ — عقد البيع فى مشروع القانون المدنى العراقى (نشر فى بغداد سنة ١٩٣٦).

١٠ — مقارنة المجلة بالقانون المدنى (بحوث ألقيت فى كلية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .

١١ — المفاوضات فى المسألة المصرية (بحث نشر فى سنة ١٩٤٧) .

١٢ — الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر فى مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .

القاهرة
مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر
١٩٦٦